This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 203 501

HARVARD LAW LIBRARY

Received NOV 20 1916

Germany 108

Vorträge

über das

Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Von

Dr. Ernst Eck,

Geh. Justizrat,
Professor der Rechte an der Universität Berlin.

Nach des Verfassers Tode durch Feststellung des Wortlautes fortgeführt und mit Anmerkungen versehen

von

Dr. R. Leonhard,

Geh. Justizrat,
Professor der Rechte an der Universität Breslau.

Band II

(betrifft Bürgerliches Gesetzbuch Buch III u. IV).

Erste und zweite Auflage.

Berlin 1904.
J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,
G. m. b. H.

11|20|16

NOV 20 1916

Vorwort zum zweiten Bande.

Aus Gründen, die mir nicht bekannt sind, hatte Eck in seinen Vorträgen das Erbrecht hinter das Recht der Schuldverhältnisse gestellt. Ich habe mich trotzdem für berechtigt angesehen, die Reihenfolge der Bücher des Gesetzbuches festzuhalten, um das Nachschlagen zu erleichtern.

Im folgenden konnte dem Texte ein zuverlässiges wörtliches Stenogramm zu Grunde gelegt werden, dessen Text ausschließlich aus dem Vorbereitungshefte des Verfassers ergänzt worden ist.

Bei der Vergleichung der benutzten Handschriften haben dem Verfasser die Herren Gerichts-Assessor Dr. Max Gaertner in Beuthen O./S. und Rechtskandidat Max Goldmann in Breslau, dankenswerte Hilfe geleistet. Besonders verpflichtet fühlt er sich Herrn Oberlandesgerichtsrat Ebert in Breslau für liebenswürdige Unterstützung in der Durchsicht der Druckbogen.

Breslau, März 1904.

R. Leonhard.

Inhaltsverzeichnis.

Buch III.

Das Sachenrecht.

Kapitel I.

Besitz.

		Seite
§ 1.	1) Begriff und Arten des Besitzes	1
§ 2.	2) Erwerb und Verlust des Besitzes	17
§ 3.	3) Rechtsnachfolge in den Besitz	24
§ 4.	4) Besitzschutz im allgemeinen	26
§ 5.	5) Besitzselbsthilfe oder Selbstschutz des Besitzes	29
§ 6.	6) Ansprüche aus dem Besitz	38
§ 7.	7) Gesamtwürdigung des Besitzrechtes	50

Kapitel II.

Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

§ 8.	1) Das Grundrecht im allgemeinen und seine Literatur	52
§ 9.	2) Das Rangverhältnis eingetragener Rechte	66
§ 10.	3) Schutzeintragungen	72
§ 11.	4) Nichtübereinstimmung des Grundbuchinhalts und der wirklichen Rechtslage	78

Kapitel III.

Lehre vom Eigentum.

§ 12.	1) Begriff und Inhalt des Eigentums	94
§ 13.	2) Erwerb und Verlust des Eigentums	99

Seite

§ 14. 3) Erwerb und Verlust des Fahrniseigentums 102
§ 15. 4) Übertragung 107
§ 16. 5) Ersitzung 127
§ 17. 6) Verbindung, Vermischung und Verarbeitung 130
§ 18. 7) Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache 135
§ 19. 8) Aneignung. Fund und Schatzerwerb 146
§ 20. 9) Ansprüche aus dem Eigentum 159
§ 21. 10) Miteigentum 197

Kapitel IV.

Rechte an fremden Sachen.

§ 22. 1) Allgemeine Bestimmungen 203
§ 23. 2) Erbbaurecht 208
§ 24. 3) Grunddienstbarkeiten 211
§ 25. 4) Nießbrauch 221
§ 26. 5) Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten 239
§ 27. 6) Das dingliche Vorkaufsrecht 241
§ 28. 7) Reallasten 243
§ 29. 8) Hypothek 246
§ 30. 9) Entstehung der Hypothek 263
§ 31. 10) Übertragung der Hypothek 270
§ 32. 11) Umfang von Forderung und Hypothek 278
§ 33. 12) Inhalt der Hypothekenforderung 282
§ 34. 13) Erlöschen der Hypothek 289
§ 35. 14) Eigentümerhypothek 291
§ 36. 15) Gesamthypothek 312
§ 37. 16) Sicherungshypothek 315
§ 38. 17) Grundschuld 318
§ 39. 18) Renten-Grundschuld 320
§ 40. 19) Fahrnis-Pfandrecht 321
§ 41. 20) Faustpfandvertrag 347
§ 42. 21) Schiffspfandrecht 348
§ 43. 22) Pfandrecht an Rechten 349

Buch IV.

Familienrecht.

Kapitel I.

Eherecht.

Seite

§ 44. 1) Allgemeines 357
§ 45. 2) Das Verlöbnis 358
§ 46. 3) Voraussetzungen und Hindernisse der Ehe 361
§ 47. 4) Form der Eheschließung 365
§ 48. 5) Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe 369
§ 49. 6) Wiederverheiratung 383
§ 50. 7) Ehescheidung 384
§ 51. 8) Rechtsverhältnis in stehender Ehe 396
§ 52. 9) Eheliches Güterrecht 405
§ 53. 10) Güterstand der Verwaltung und Nutznießung 409
a) Grundzüge 409
§ 54. b) Die Stellung des Mannes 415
§ 55. c) Stellung der Frau 422
§ 56. d) Schuldenhaftung 428
§ 57. e) Beendigung des ehemännlichen Nießbrauchs 431
§ 58. 11) Gütertrennung 433
§ 59. 12) Vertragsmäßige Güterstände 435
a) Allgemeines 435
§ 60. b) Allgemeine Gütergemeinschaft 437
§ 61. 13) Errungenschaftsgemeinschaft 453
§ 62. 14) Fahrnisgemeinschaft oder Mobiliargemeinschaft 458
§ 63. 15) Güterrechtsregister 461

Kapitel II.

Verwandtschaftsrecht.

§ 64. 1) Allgemeine Regeln 462
§ 65. 2) Eheliche Abstammung 463
§ 66. 3) Unterhalts- oder Alimentationspflicht 476
§ 67. 4) Rechtsstellung ehelicher Kinder 481

Seite

§ 68. 5) Rechtsstellung unehelicher Kinder 499
a) Rechtsstellung von Kindern aus nichtigen Ehen 499
§ 69. b) Rechtsstellung unehelicher Kinder 501
§ 70. c) Legitimation unehelicher Kinder 520
§ 71. d) Annahme an Kindesstatt 525

Kapitel III.

Vormundschaft.

§ 72. 1) Einleitung 532
§ 73. 2) Allgemeine Regeln 534
§ 74. 3) Bestellung der Vormundschaft über Minderjährige 539
§ 75. 4) Führung der Vormundschaft 543
§ 76. 5) Endigung der Vormundschaft 558
§ 77. 6) Vormundschaft über Volljährige 558
§ 78. 7) Pflegschaft 559

Buch III. Das Sachenrecht.[1]

Kapitel I. Besitz.[2]

§ 1.

1. Begriff und Arten des Besitzes.

Das B.G.B. regelt den Besitz überwiegend auf der Grundlage des römischen Rechtes, wie es Savigny dargestellt hat, aber doch mit erheblichen Abänderungen im germanistischen Sinne. Genauer gesprochen, das B.G.B. greift von seiner romanistischen Grundlage vielfach auf jene Fortbildungen zurück, die der Besitz durch Einwirkung der deutschen Gewere schon im älteren gemeinen Rechte vor Savigny gefunden hatte und die dann auch im preuß. A.L.R. kodifiziert wurden, aber von Savigny vielfach angefochten worden sind. Mit Rücksicht auf diese Wiederaufnahme deutschrechtlicher Institutionen ist nun die Besitzlehre des B.G.B. auch von unsern Germanisten, insbesondere von Gierke,[3] im ganzen beifällig beurteilt worden. Aber freilich wurde sie dafür auch umgekehrt von orthodoxen Romanisten, namentlich von Randa, sehr scharf getadelt. Randa meint, daß in der Regelung des Besitzes durch das B.G.B. die Rechtsgrundsätze von fast zwei Jahrtausenden preisgegeben werden.[4] Auch Bartels[5] findet in den zitierten Ausführungen die deutschrechtlichen Institutionen, die das B.G.B. auf-

[1] Die auf S. 434 des ersten Bandes Anm. 3 erwähnten Gründe haben auch in weiterem dazu Anlaß gegeben, die Anmerkungen so viel wie möglich zu beschränken.

[2] Vgl. neben den unten zitierten Werken noch die bei Biermann, Kommentar zum Sachenrecht Anm. 5 S. 4 genannten, insbesondere Kniep, Der Besitz des B.G.B., gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht, 1900.

[3] Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes, Jena 1897.

[4] Vgl. Randa, Der Besitz nach österr. R. mit Ber. des gem. R., 4. Aufl. 1895. Das preußische Recht wich m. E. weit mehr vom römischen ab als das B.G.B., weil es allen Inhabern als solchen einen Klageschutz gab.

[5] Gruchots Beiträge Bd. 42 S. 645 ff.

genommen hat, so erheblich, daß er sagt, es gelte für uns, von Savigny für immer Abschied zu nehmen. Es ist das wohl sehr übertrieben. Wir werden Ursache haben, noch vielfach auf das römische Recht und Savigny zu rekurrieren.[1])

Übrigens regelt nun der erste Abschnitt des Sachenrechts, der die Überschrift „Besitz" trägt, keineswegs die ganze Lehre vom Besitz, sondern nur den Besitz als ein Verhältnis mit Rechtsschutz. Er regelt also Begriff, Verlust und Schutz des Besitzes „nur in der Beziehung auf die Möglichkeit von besonderen Klagen".[2]) Dagegen kommt an anderen und späteren Stellen des B.G.B. der Besitz noch in anderen Beziehungen zur Geltung, nämlich als Voraussetzung für den Erwerb dinglicher Rechte, besonders des Eigentums, also bei der Übergabe, bei der Ersitzung u. s. w.[3]) Ferner tritt er anderswo hervor als Grundlage einer Vermutung für das dingliche Recht (§ 1006) und noch weiter in anderen Beziehungen. Wir werden später sehen, daß das B.G.B. nicht bloß mit dem Besitz geradezu die Präsumtion des Eigentums verknüpft hat, um es kurz auszudrücken, sondern auch der Besitz als Grundlage für die Passivlegitimation bei der Eigentumsklage in der Lehre vom Eigentum zum Vorschein kommt.

Von diesen anderen und mannigfachen Funktionen des Besitzes soll hier nun im Anschluß an das B.G.B. zunächst abgesehen werden.[4])

Zu definieren ist der Besitz, worüber kein Streit besteht, nach § 854 als die tatsächliche Gewalt einer Person über eine Sache. Das ist im wesentlichen[5]) die römische possessio im Savignyschen Sinne,

---

[1]) Einer nüchternen Beobachtung wird das Besitzrecht des B.G.B. als eine bloße Verbesserung der romanistischen Anschauungen erscheinen und nicht als ein von Grund aus eigenartiger Neubau. Dies scheint auch Ecks Meinung zu sein.

[2]) Eingeschoben. Eck denkt hier sicherlich nicht bloß an die Besitzklagen, sondern auch an das Rechtsmittel des § 1007.

[3]) Mit Recht bemerkt Biermann, Kommentar zum Sachenrecht S. 3 Vorbem. 1, daß in dieser Hinsicht nicht der Besitz schlechtweg, sondern der Eigenbesitz (§ 872) vom Gesetzbuche in das Auge gefaßt wird. Prot. III 28.

[4]) Daß das Wort „Besitz" im B.G.B. in allen diesen Beziehungen genau denselben Begriffsumfang bezeichnen soll, hält Eck für zweifellos. Bekanntlich war das Gleiche bei dem römischen Ausdrucke possessio nicht der Fall, worauf namentlich Bekker (Das Recht des Besitzes bei den Römern, Leipzig 1880 S. 33 ff.) hingewiesen hat.

[5]) D. h. hinsichtlich des sog. corpus possessionis, nicht hinsichtlich des animus. Die erste Lesung (§ 797) sprach von „Inhabung" neben dem „Besitzwillen", vgl. Biermann Anm. 3 zu § 854.

nicht wie Ihering behauptet hatte, eine Eigentumsposition. Auch mit der deutschrechtlichen Gewere stimmt diese Definition des Besitzes als faktische Herrschaft oder tatsächliche Gewalt nicht überein.[1])

Dabei fällt nun sofort eins auf, woran sich jetzt schon Streitigkeiten geknüpft haben, nämlich: Ein Wille, ein animus possidendi, ist vom Gesetze selber nicht erfordert. Im bewußten Gegensatz zum römischen Rechte wollte man das. Das äußere Herrschaftsverhältnis sollte genügen, und weder ein animus domini noch irgend überhaupt ein animus rem sibi habendi oder wie man ihn nennen wollte, sollte erfordert werden, während er auch nach preußischem Rechte erforderlich war. Dabei ist die Absicht, die die Verfasser des B.G.B. verfolgt haben, auch geschäftsunfähigen Personen, also namentlich Kindern und Geisteskranken in Bezug auf Sachen, die sie ergriffen haben, Besitz und Schutz dieses Besitzes zuzuwenden. Bei solcher völligen Entbehrlichkeit des Willens könnte dann aber doch offenbar auch ein Schlafender Besitz erwerben, indem ihm etwa eine Sache in die Tasche gesteckt wird[2]) u. dgl. m. Noch mehr! Wenn zum Besitz keinerlei Wille erforderlich ist, so müßten auch solche Besitz erlangen, die eine Sache gar nicht haben wollen, sofern sie trotzdem doch in ihre tatsächliche Gewalt gelangt ist. Wenn z. B. ein Spaziergänger im Walde eine Sache herrenlos auf der Erde liegen sieht, sie aber nicht aufhebt, um sich keine Weiterungen zuzuziehen, so würde er doch eine tatsächliche Gewalt über die zu seinen Füßen liegende Sache und demnach nolens volens an ihr Besitz haben.[3]) Indessen schon jetzt hat die Theorie ziemlich übereinstimmend den Gedanken der Kommission, daß

[1]) Vgl. Lehmann, Das Bürg. R. von Enneccerus u. Lehmann, Bd. 2, 2. Aufl. § 19, 4 S. 54.

[2]) M. E. liegt darin eine Verfeinerung des Empfindens gegenüber einer Antastung fremder Herrschaftskreise. Sie ist im neueren Rechte entstanden und ging vom Strafrechte aus, vgl. Dernburg, Das bürg. R. des Deutschen Reichs und Preußens, 2. Aufl. III S. 55.

[3]) Die „tatsächliche Gewalt", die in diesem Falle vorausgesetzt wird, ist jedenfalls eine andere als diejenige, die das B.G.B. in Übereinstimmung mit dem römischen Rechte voraussetzt. Eine solche Gewalt, d. h. die Berührungsmöglichkeit, haben wir an allen fremden Sachen, die in unserer Nähe liegen, auch wenn wir sie keineswegs stehlen wollen. Eine wirkliche zum Rechtsschutze geeignete tatsächliche Gewalt ist nur eine solche, die in den Seelen der Mitmenschen den Glauben erwecken muß, daß ihr Inhaber nicht gestört sein wolle. Dieses Merkmal unterscheidet sie von der bloßen Nähe zur Sache.

zum Besitz keinerlei Wille mehr gehöre, als Übertreibung abgelehnt, und zwar, wie ich glaube, mit guten Gründen. Denn wenn der Wille auch nicht im Gesetz als ein selbständiges Begriffsmerkmal aufgestellt ist, so gehört doch allemal[1]) ein Wille zu einer tatsächlichen Gewalt. Eine tatsächliche Gewalt ohne Willen läßt sich nicht denken.[2]) Außerdem unterscheidet ja doch das B.G.B. verschiedene Arten des Besitzes, die sich nur nach Maßgabe des verschiedenen Willens sondern lassen. Also bleibt doch ein gewisser Wille, welcher dem äußeren Herrschaftsverhältnis entsprechen muß, zum Besitze erforderlich.[3]) Nur freilich muß dieser nicht gerade der Wille einer geschäftsfähigen Person sein, nicht ein Wille in diesem Sinne, wie ihn das Gesetz für Rechtsakte vorschreibt, nein, ein Wille, wie er gewissermaßen von Gottes Gnaden zum Vorhandensein einer tatsächlichen Gewalt gehört. Also auch ein Wahnsinniger, der doch im natürlichen Sinne immerhin wollen kann, kann Besitz erwerben, und auch die Menge von Geisteskranken, die zu Weihnachten Geschenke aufgebaut bekommen und an sich genommen haben, wird man vom Standpunkte des B.G.B. für Besitzer erklären müssen.[4]) Ja, auch ein Kind, wenn es nur tatsächlich bereits wollen kann, also ein gewisses Alter erreicht hat, wird eben wegen dieser beschränkten Willensfähigkeit Besitz ergreifen können, dagegen nicht ein Spaziergänger, der die Sache, an der er vorbeigeht, nicht beachtet, oder zwar wahrnimmt, sie aber nicht haben will, auch derjenige, dem etwas in die Tasche gesteckt wird, ohne daß er es weiß, kann keinen Besitz haben.

Das ist aber freilich ein Punkt, wobei schon manche dissentieren. Z. B. Strohal[5]) und dann auch der Verfasser einer guten Doktor-

---

[1]) Richtiger wäre „unter Umständen" statt „allemal". So richtig Biermann a. a. O. S. 6, vgl. Prot. d. Komm. III S. 33.

[2]) Vgl. hierzu Max Gaertner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuerem deutschen Recht, Breslau 1901 S. 127 ff., und Biermann, Anm. 3 S. 5, auch S. 7 gegen die Ansicht von Otto Eger (Vertretung beim Eigentumserwerb an bewegl. Sachen, Gießen, Diss. 1900 S. 9).

[3]) M. E. nur da, wo ohne den Willen des Besitzers eine Achtung seines Verhältnisses zur Sache von den Mitmenschen, die die Sachlage kennen, vernünftigerweise nicht erwartet werden kann, sonst nach B.G.B. nicht. Vgl. Prot. III S. 33.

[4]) Vgl. hierzu Biermann S. 6 Nr. 4, S. 7, Prot. III S. 31. A. M. Endemann 7. Aufl. II § 37 S. 154 ff.

[5]) Der Sachbesitz nach B.G.B., Leipzig 1898. Dogm. Jahrb. Bd. 38 S. 1 ff.

dissertation, Frank.[1]) Sie wollen auch denjenigen, dem etwas ohne sein Wissen und Wollen in die Tasche gesteckt wird, zum Besitzer erklären. Dann käme man in der Tat dahin, daß wenn ein Dieb sieht, daß ihm ein Schutzmann auf der Spur ist und er das gestohlene Portemonnaie einem andern Menschen in die Tasche schiebt, dieser Besitzer des gestohlenen Portemonnaies würde, nicht bloß ohne seinen Willen, sogar entschieden gegen diesen. Das wird man nicht zugeben dürfen.[2]) Dernburg schlägt hier einen eigentümlichen Mittelweg ein. Mit einer kühnen Wendung behauptet er,[3]) daß hier eine „Nebenform" des Besitzes vorliege, d. h. „bei Raumverhältnissen, welche eine Sache derart in unsere Gewalt bringen, daß uns, auch wenn wir zunächst nichts von ihr wissen, die Verfügungsmacht über sie gesichert ist". Im B.G.B. ist für die Annahme einer „Nebenform" keinerlei Anhalt gegeben und man sieht nicht recht ein, worin sich praktisch Haupt- und Nebenform des Besitzes unterscheiden sollen. Dernburg fährt fort: „Außerdem können unvollkommenen Besitz auch Kinder unter 7 Jahren und Geisteskranke erwerben." Unvollkommenen Besitz! Das ist wieder ein dem B.G.B. fremder Begriff. Ich glaube nicht, daß diese Unterscheidungen einleuchtend sind.[4]) Wenn man sich tatsächliche Gewalt

[1]) Frank, Der Besitzwille nach dem B.G.B., Bonn 1898, gegen dessen weite Auffassung des Besitzwillens sich Biermann a. a. O. wendet, vgl. auch Gaertner a. a. O. S. 133.

[2]) Ein besonderer Schaden würde daraus nicht entstehen. — Ein Praktiker, der sich unter einem Pseudonym verbirgt (Ernst Heyn, Gründe des Interdiktenschutzes, Königsberg 1902; Die Römer im Kampfe um den Besitz, Königsberg 1901) sieht (allerdings nur in der Form von Andeutungen) einen hauptsächlichen Vorteil des Besitzschutzes in der Befriedigung des Bedürfnisses, gewisse Sachen der willkürlichen Antastung zu entziehen, die ihr ohnedies völlig preisgegeben sein würden. So wären z. B. gestohlene Sachen, deren wahren Eigentümer man nicht kannte, nach römischem Rechte einer beliebigen Ergreifung durch Dritte ausgesetzt gewesen, wenn es kein Besitzinterdikt gegeben hätte. Eine solche Gelegenheit zu willkürlicher Beute liegt aber auch dann vor, wenn jemandem ohne sein Wissen eine Sache in seine Herrschaftssphäre gebracht ist, ohne daß der Überbringer ausfindig gemacht werden kann. Auch hier verbietet das B.G.B. unbefugten Dritten zuzugreifen, obwohl das Schutzbedürfnis des unwissenden Gewalthabers nur ein so geringes ist, daß es das römische Recht eines Interdiktenschutzes noch nicht würdigte.

[3]) Bürg. R. III, 2. Aufl. S. 55, unter Hinweis auf §§ 138, 141 A.L.R. I, 7 und die Entsch. des R.G. in Strafsachen Bd. 3 S. 204.

[4]) Dies kehrt sich nur gegen die Ausdrücke „Nebenform" und „unvollkommener Besitz". (Ebenso Biermann S. 7.) In der Sache selbst ist Dernburg beizutreten. Übrigens scheint mir sogar die Terminologie Dernburgs deshalb zulässig zu sein,

nicht ohne Herrschaftswillen denken kann,[1]) wird man dazu gedrängt, auch zum Besitz einen Willen zu erfordern.

Je nach dem Inhalt des Herrschaftswillens sind nun aber verschiedene Arten oder Stufen des Besitzes zu unterscheiden. Nämlich nach § 872 ist zunächst „Eigenbesitzer" derjenige, welcher die Sache als eine ihm gehörige besitzt, also pro suo possidet, anders ausgedrückt, derjenige, welcher den animus domini hat, den intensivsten Herrschaftswillen, der sich denken läßt. Der animus domini und dieser Eigenbesitzer, wie das B.G.B. ihn nennt, kommt in sehr verschiedenen Paragraphen wieder zum Vorschein, vor allen Dingen bei der Ersitzung von Mobilien im § 937 und dann im § 900 bei dem Analogon der Ersitzung, das für Immobilien geschaffen ist, ferner in zahlreichen anderen Paragraphen: §§ 927, 836 usw. Der Begriff ist also mannigfach verwertet.

Eigenbesitzer ist also derselbe, der bei den Römern κατ' ἐξοχήν possessor hieß.

Aber auch wer nur zeitweise tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, ist Besitzer, so der Nießbraucher, der Faustpfandgläubiger, der Pächter, der Entleiher, der Frachtführer, der Spediteur, der Kommissionär, der Finder. Ja, auch der bloße Verwahrer, der Testamentsvollstrecker und der Vormund, die doch ohne alle eigennützige Absicht die Sache in Händen haben, sie alle sind Besitzer.[2]) Das gibt § 868 mit aller Deutlichkeit kund.[3])

---

weil die alte Redeweise durch ihre Jahrhunderte alte Dauer ein Recht darauf hat, neben der neuen Ausdrucksart des B.G.B. beachtet und zu ihr in ein Verhältnis gesetzt zu werden.

[1]) Von dem oben angegebenen Standpunkte (S. 3 Anm. 3) kann man sie sich in vielen Fällen denken, wenn auch nicht in allen.

[2]) Dieser Punkt ist nicht unstreitig, vgl. Gaertner a. a. O. S. 142 ff. Seine Behandlung hängt davon ab, wie man über den Zweck denkt, den die Aussonderung der Besitzdiener aus dem Kreise der Besitzer fremder Sachen hat (s. unten). Neuerdings redet man bei dem Vormunde und Testamentsvollstrecker von „Verwaltungsbesitzern". So namentlich Dernburg, Bürg. R. III. § 13 2. Aufl. S. 46. Vgl. auch Biermann, Anm. 2b zu § 857 und Anm. 4 zu § 868.

[3]) Die Worte „aus einem ähnlichen Verhältnisse" haben trotzdem Zweifel hervorgerufen. Verschiedene Meinungen berichtet Biermann, S. 35 Anm. 2 zu § 868. Herrschende Meinung, die vom Reichsgericht bestätigt ist, ist die Ansicht Plancks (Anm. 2 zu S. 55), nach der „der vermittelnde Besitzer sein Recht von dem mittelbaren ableiten müsse." (Dafür führt Biermann die Entsch. des R.G. Bd. 49 Nr. 41 S. 173 an, die freilich nur von den besonderen Bedingungen des Eigentums-

Ein Kommissionär kann natürlich sogar Eigenbesitzer sein, wenn er in der Absicht, selbst zu erwerben, gekauft hat. Dann hat er eben den animus domini.

Für den Besitz ist also hiernach kein Hindernis, daß der Besitzer nur auf Zeit [1]) und ohne selbstnützige Absicht kraft eines bloßen Verpflichtungsverhältnisses die Sache in Händen hat, wie der Verwahrer, den § 868 ausdrücklich nennt. Ein Name für alle diese Besitzer ohne animus domini fehlt nun bis jetzt. Man hat vorgeschlagen „Nutzbesitzer", aber das ist offenbar zu eng, denn der Verwahrer, der Testamentsvollstrecker und der Vormund sind doch keine Nutzbesitzer. Dernburg nennt diese alle Fremdbesitzer. Daß dieser Ausdruck sich einbürgern wird, ist stark zu bezweifeln.[2])

Nur bei einer Kategorie von Personen ist nach § 855 — der in

---

erwerbs durch constitutum possessorium redet.) Dagegen läßt sich auch nichts einwenden, sofern man unter „ableiten" lediglich die Bezugnahme auf eine Erlaubnis versteht, die von dem mittelbaren Besitzer ausgeht oder zu seinem Besten erteilt worden ist. Deutet man es aber dahin, daß die Sache schlechterdings aus der Hand dieses letzteren an die Mittelsperson gekommen sein müsse und nicht von ihr einem Dritten für den Besitzherrn abgenommen sein dürfe, so treibt der Ausdruck „ableiten" auf Abwege. Auch dem Vormunde sollte man den mittelbaren Besitz nicht absprechen; vgl. hierzu Dernburg, Bürg. R. III. S. 51 § 15 Nr. 4, gegen Förtsch (Gruchot Bd. 43 S. 546.) Das Gesetz gibt hier die Erlaubnis, die der Mündel nicht gewähren kann. Etwas ähnliches würde man auch zu Gunsten eines unbeauftragten Geschäftsführers anzunehmen haben, wenn man es wagt, auch ihm eine Besitzvermittlung zuzuerteilen (s. unten).

[1]) Wer eine Sache nicht auf Zeit, sondern auf immer für einen fremden Herrn besitzt, wie der Erbbauberechtigte das Grundstück, macht hiernach diesen Herrn nicht zum mittelbaren Besitzer, sondern genießt einzig und allein Besitzschutz. Ein solcher „Fremdbesitzer" fällt also nicht unter § 868, der Inhaber besitzt die Sache zwar nicht als eigene, aber wie eine eigene (§ 872) und könnte in diesem Sinne Eigenbesitzer genannt werden. Bei dem besitzenden Stockwerkseigentümer gilt der Eigenbesitz als zweifellos (vgl. Biermann zu § 865) und das Gleiche wird man auch für den Besitz des Erbbauberechtigten am Hause annehmen dürfen, vgl. unten § 23. Dagegen ist es streitig, ob nicht trotz der Worte „auf Zeit" bei Erbbauberechtigungen ein mittelbarer Besitz des Eigentümers anzunehmen sei. Von diesem Standpunkte würden die Worte „auf Zeit" überflüssig sein. Die Vertreter der widersprechenden Meinungen s. bei Biermann, Anm. 2 zu § 868.

[2]) Der Erbbauberechtigte besitzt ein fremdes Grundstück aber wie ein eigenes. Umgekehrt besitzt der Eigentümer, der seine Sache vom Nießbraucher mietet, sie als eine eigene, aber wie eine fremde, darum könnte man auch ihn allenfalls Fremdbesitzer nennen. A potiori ist der letztere Name immerhin auf alle Fälle empfehlenswert.

dem Entwurf fehlte und erst auf Verlangen des preußischen Justizministeriums eingeschoben ist — trotz äußerer Herrschaft der Besitz doch positiv verneint und ausgeschlossen.[1]) Nämlich, wer die tatsächliche Gewalt für einen andern, und zwar in dessen Haushalt[2]) oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnisse ausübt, vermöge dessen er den Weisungen des andern Folge zu leisten hat, ist nicht Besitzer.[3]) Gedacht ist dabei natürlich an Dienstboten, Gesellen, Handlungsgehilfen, Gutsinspektoren u. s. w. Es wäre ja unerträglich, wenn der Herr seine Sachen den Dienstboten und anderen Untergebenen nicht wegnehmen dürfte, sondern damit eine verbotene Eigenmacht beginge. Der Kutscher, der den Wagen und die Pferde lenkt, hat ja doch während

[1]) Man könnte diese Vorschrift vielleicht nicht als eine Ausnahme von der aufgestellten Begriffsabgrenzung ansehen, sondern als Herstellung der von vorn herein in das Auge gefaßten Grenzlinie. Diese Auffassung lehnt Eck m. E. mit Recht ab. Anders freilich die Protokolle B. 3 S. 31, die behaupten, daß der Begriff des Besitzdieners schon in der ersten Lesung als selbstverständlich enthalten und nur durch Mißverständnis übersehen worden sei. Diese Ansicht beruht auf Selbsttäuschung.

[2]) Biermann bemerkt (Anm. 2 zu § 855): „Haushalt ist nicht identisch mit Hausstand" (§§ 1618, 1619).

[3]) Ob das Verhältnis gültig ist oder auf einem nichtigen Vertrage beruht, wird mit Recht für unerheblich angesehen. So Planck, Bem. 2 S. 37 u. Biermann, Anm. 2b zu § 855 S. 11 (trotz der Prot. III. S. 32). Wer nicht einmal aus einem gültigen Dienstvertrage Besitzvorteile haben kann, wird sie um so weniger aus einem ungültigen Geschäfte dieser Art herleiten dürfen. Fraglich aber bleibt, ob man seinen Herrn einen Besitzer nennen kann, wenn das Band, durch das er seinen Diener und dadurch mittelbar die Sache an sich fesselt, des Rechtsschutzes entbehrt, aber trotzdem tatsächlich zuverlässig ist, z. B. bei dienstbaren Personen, die vom Wahnsinn geheilt, aber zur Zeit noch immer entmündigt sind. Nach römischem Rechte war dies m. E. wenigstens für den Eigentumserwerb nicht der Fall (vgl. krit. Viertelj.-Schr. Bd. XXIII S. 311 ff.). Nach B.G.B. wird man dies aber für den bloßen Besitzerwerb jedenfalls annehmen dürfen, weil die psychologische Kraft der Sachlage, d. h. ihr Einfluß auf Unbeteiligte, sich auch an ein rechtsungültiges Dienerverhältnis anknüpfen kann, wenn der Diener nach außen hin den Eindruck der Zuverlässigkeit macht. Auch bei dem mittelbaren Besitze kommt es also der richtigen Meinung nach auf die Rechtsgültigkeit des Verhältnisses nicht an, durch welches der vermittelnde Besitzer und mit ihm die besessene Sache an den mittelbaren Besitzer gebunden ist, vgl. Prot. IV S. 608 I. a. E. Biermann, Anm. 2d zu § 868. Offen bleibt die Frage, ob es politisch klug war, Verhältnisse, die das Recht nicht anerkennen will, dadurch zu unterstützen, daß man sie als Grundlage eines geschützten Besitzverhältnisses behandelt hat. Man ist bei der bloßen res facti, die der Besitz nun einmal ist, über dies Bedenken hinweggekommen.

der Fahrt diese Sachen in seiner tatsächlichen Gewalt, er kann die Bewegung bestimmen, aber da er den Weisungen des Eigentümers Folge zu leisten hat, ist diesem der Besitz zuzuschreiben.[1]) In der Theorie werden nun diese Leute mit verschiedenen Namen bezeichnet. Bekker[2]) hat den Ausdruck „Besitzdiener" vorgeschlagen, der bis jetzt am verbreitetsten ist. Dernburg[3]) nennt diese Leute „Besitzgehilfen". Gierke will den Ausdruck „Inhaber" wieder zur Bezeichnung dieser Personen einführen.[4]) Hier wird regelmäßig von Besitzdienern geredet werden, weil das die anschaulichste Bezeichnung ist.

Indessen muß man erwägen, daß der Kreis dieser Besitzdiener noch viel größer und allgemeiner ist, als man prima facie aus dem § 855 herauslieſt. Z. B. alle meine Hausangehörigen, meine Besucher, meine Logiergäste u. dgl. m. werden, da sie nur für mich die tatsächliche Gewalt ausüben und meinen Weisungen Folge zu leisten bereit sind, nicht als Besitzer, sondern nur als Besitzdiener oder Besitzgehilfen zu betrachten sein. Man könnte Anstoß nehmen, den Ausdruck Besitzdiener z. B. auf geladene Gäste[5]) anzuwenden. Indessen auf den Namen kommt es nicht an.[6]) Aber die Grenze zwischen diesen sogenannten Besitzdienern

---

[1]) Biermann, Anm. 2 § 855, erwähnt in Anlehnung an ein Urteil des O.L.G. Posen den Besitz des Prinzipals an Musterkoffern des Reisenden und betont gegen Isay, Die Geschäftsführung nach dem B.G.B., daß das innere Verhältnis zwischen Herrn und Diener den Ausschlag gibt, nicht seine Offenkundigkeit.

[2]) Bekker, Jherings Jahrb. Bd. 34 S. 1 ff.

[3]) Dernburg, Bürg. R. Bd. 3 2. Aufl. S. 47 § 14.

[4]) Biermann a. a. O. erwähnt noch die Ausdrücke „unselbständige Inhabung" (Strohal, Sachbesitz S. 5) und „Besitzhalter" (Endemann § 33). Vielleicht empfiehlt es sich, da auch der nichtgehorsamspflichtige Besitzer in fremdem Namen dem Besitze des mittelbaren Besitzers dient, von „gehorsamspflichtigen Besitzdienern" zu reden, oder wenigstens zu dem üblichen Namen „Besitzdiener" das Beiwort „gehorsamspflichtig" hinzuzudenken.

[5]) So namentlich Planck, Anm. 2 zu § 855 S. 37.

[6]) Wohl aber auf den Zweck des § 855. Reicht dieser wirklich so weit? M. E. hat die neuere Wissenschaft das Herrschaftsgebiet des Begriffes der Besitzdienerschaft zu sehr erweitert, gestützt auf „Auffassungen des Lebens", die aber so schwankend sind, daß sie der Praxis wenig helfen. So ist nicht einzusehen, warum der Inhaber einer bloß „momentanen Detention" (z. B. der Entleiher eines Opernguckers) den rohen Entreißungsgelüsten des Verleihers ohne Rechtsschutz preisgegeben werden soll. Die Frage nach der Zulässigkeit einer Besitzklage ist freilich in solchen Fällen in der Regel überflüssig, weil ein Interesse an einer solchen Klage fehlt, nicht aber die Frage nach der Möglichkeit einer Selbsthilfe des angeblichen Besitzherrn gegen den angeblichen Besitzdiener. § 855 ist eine Ausnahmevorschrift und darum sollte

und den Besitzern, die ohne selbstnützige Absicht die tatsächliche Gewalt haben, also insbesondere den Verwahrern und ähnlichen Personen ist in der Tat recht schwer zu ziehen, sobald man sich in die Kasuistik vertieft. Und doch ist, wie ohne weiteres einleuchtet, die Unterscheidung praktisch äußerst wichtig; denn der Besitzdiener, der sich die Sache aneignet, begeht damit einen Diebstahl, weil sein Herr Besitzer war, dagegen ein Besitzer ohne selbstnützige Absicht, ein Verwahrer, ein Depositar, der die Sache sich aneignet, begeht höchstens eine Unterschlagung,[1]) weil er Besitz hatte und nicht bloß Diener fremden Besitzes war. Wenn z. B. ein Reiter vom Pferde fällt und einen Dritten ersucht, das Pferd auf kurze Zeit zu halten, bis er sich gesäubert hat und das Pferd wieder besteigen kann, so ist der Dritte nicht etwa Besitzer, weil er für den Augenblick Verwahrer des Pferdes ist, sondern man muß vielmehr ihn nur für einen Besitzdiener halten. In diesem Falle wird indessen ein faktischer Dienst geleistet und ein selbständiges Verhältnis zur Sache für den, der das Pferd hält, wird nicht begründet. Der Dritte würde also nur als Besitzdiener zu bezeichnen sein. Der Gepäckträger, der meinen Koffer in die Droschke trägt, hat freilich ein eigenes Interesse, nämlich gegen Ablieferung des Koffers ein Trinkgeld zu erhalten. Aber doch ist er nur Besitzdiener.[2]) Sein Wille steht auch unter den Weisungen, die ich ihm erteilen werde. Und um des Trinkgeldes willen wird man ihm nicht eigennützige Absicht in der tatsächlichen Gewalt über den Koffer zuschreiben dürfen.[3])

man sie möglichst eng auslegen, d. h. nur da anwenden, wo es angemessen ist, ein reines wirtschaftliches Unterordnungsverhältnis gegen Selbstherrlichkeitsgelüste des Untergebenen zu sichern. Was darüber ist, ist m. E. vom Übel. Dies bezieht sich auf das erwähnte Verhältnis zwischen Gastgeber und Gast.

[1]) Eck zweifelt also nicht daran, daß die Terminologie des B.G.B. auch für das Strafgesetzbuch maßgebend sei. Mit Recht vertritt Biermann, Vorbemerkungen 4 S. 4 im Widerspruche mit einem Urteile des Ober-Landesgerichts Posen (Seuffert, Archiv, Bd. 57 Nr. 35) den entgegengesetzten Standpunkt. Sonst würde das B.G.B. hier geradezu einen rückwirkenden Eingriff in den Inhalt des Strafgesetzbuches verübt haben, was im Zweifel nicht anzunehmen ist. (Anders ausdrücklich Art. 34 Einf.Ges.) Auch der bloße Besitzdiener wird daher m. E. in Zukunft bei rechtswidrigen Aneignungen nicht als Dieb zu bestrafen sein, vgl. auch Biermann, Anm. 7 zu § 857.

[2]) Das Reichsgericht erwähnt als Beispiele von Besitzgehilfen: die Ehefrau, die in Abwesenheit des Mannes Sachen in Obhut nimmt, Entsch. Bd. 51 Nr. 6 S. 23 (ist diese nicht inzwischen unabhängige Verwahrerin?), und den Verwalter einer Gewerkschaft bezüglich der ihr gehörenden Pferde. Bd. 52 Nr. 31 S. 118.

[3]) Auch wenn man dies täte, so würde es m. E. an der Besitzdienerschaft nichts ändern.

Man kann noch weiter gehen und sagen, auch ein Entleiher, ein Kommissionär, der bloß auf vorübergehende Benutzung die Sache übernimmt, ein Mitreisender, der im Eisenbahncoupé eine Zeitung einen Augenblick liest, sie alle sind nur als Besitzdiener zu behandeln, „weil ihr Wille nur auf Befolgung des Auftrages geht.“[1]) Ebenso steht es mit dem Beispiel, das Strohal und Frank hereinziehen. Die Paletots und Hüte, die meine Gäste bei mir im Korridor ablegen und etwa neben meinen Kleidern aufhängen, werden nicht in meinem Besitz stehen, ich bin nicht kontraktlicher Verwahrer, sondern bloß Besitzgehilfe.[2]) Ich glaube, nur bei einem festen Verhältnis von einiger Dauer und Rechtswirksamkeit hört der Besitzdiener auf und fängt bereits der Selbstbesitzer an.

So wird man die Grenze ziehen müssen.[3])

Der hiernach noch immer sehr weit ausgedehnte Besitzbegriff des B.G.B. absorbiert nun offenbar eine Menge von Figuren des bisherigen Rechtes. Er absorbiert also den gemeinrechtlichen abgeleiteten Besitz, z. B. des Pfandgläubigers und ferner den unvollständigen Besitz des preußischen Rechts, ja auch den Rechtsbesitz, die juris quasi possessio des römischen und preußischen Rechts, soweit sein Gegenstand die völlige Beherrschung einer Sache ist. Die Nießbraucher haben keine juris quasi possessio nach dem B.G.B., sondern Sachbesitz, so bedarf es keiner juris quasi possessio mehr zu ihrem Schutz.[4])

Nur an einer Stelle des B.G.B. (§ 1029) ist bei den Grunddienstbarkeiten der Rechtsbesitz und der Schutz eines solchen anerkannt.[5])

Natürlich nimmt der weit ausgedehnte Sachbesitz auch die meisten Fälle der Detention in sich auf. Nur die Besitzdiener werden nicht

[1]) Aus Ecks Vorbereitungsheft.

[2]) M. E. auch nicht einmal dies, sobald die Kleider den Gästen frei zugänglich sind.

[3]) Aus dem Gesagten folgt, daß der Ausdruck „Verwahrer“ in § 868 einschränkend auszulegen ist. Wer ein gehorsamspflichtiger Verwahrer unter fremder Aufsicht ist, fällt unter § 855, weil der Zweck dieser Vorschrift war, in abhängigen Herrschaftsverhältnissen bei Auflehnungen der Diener wider ihre Herrn den Besitzschutz auszuschließen, um derartige Widerrechtlichkeiten nicht zu begünstigen (vgl. S. 8 Anm. 1.)

[4]) Das gleiche gilt von den Erbbaurechtsbesitzern und den nach Landesrecht möglichen Erbpächtern und Vasallen. Bei ihnen war freilich schon bisher zweifelhaft, ob ihnen nicht voller alleiniger Sachbesitz zustehe und ist dies auch geblieben, vgl. oben S. 7 Anm. 1.

[5]) Vgl. hierzu Fischer, Handausgabe Anm. 4 zu § 1029, Biermann, Anm. 4 zu § 1029.

als Besitzer anerkannt. Im übrigen sind die Detentoren oder Verwahrer vom B.G.B. zu Besitzern erhoben.

Diese gewaltige Ausdehnung des Besitzbegriffs über die Nutzbesitzer hinaus hat namentlich Randa aufs schärfste in seiner vierten Ausgabe des Buches „Der Besitz" in der Vorrede angegriffen. Er hat sogar eine große Anzahl Sonderabdrücke dieser Vorrede, ehe noch das B.G.B. angenommen war, an die Reichstagsmitglieder verteilen lassen, aber mit seiner Kritik keinen Eindruck erreicht.[1]) Ein Zweck bei dieser Ausdehnung war, den Schutz des Besitzes jeder bestehenden Herrschaft über eine Sache zuteil werden zu lassen „und so den Rechtsfrieden in weitestem Umfange zu wahren".[2]) Mit vollem Bewußtsein hat man diese Ausdehnung statuiert.

Innerhalb dieses weiten Besitzbegriffes unterscheidet das B.G.B. weiter zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitz (§ 868). Besitzt nämlich jemand in einem solchen Rechtsverhältnis, welches ihn einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet, sodaß er die Sache später zurückzugewähren hat, wie der Pfandgläubiger, der Mieter, der Verwahrer u. s. w., dann herrscht allerdings er selber über die Sache als unmittelbarer Besitzer, aber neben ihm und durch ihn und durch seine Rückgewährspflicht[3]) herrscht doch auch der andere, dem er zurückzugewähren hat.

Er herrscht neben ihm, technisch gesprochen, als mittelbarer Besitzer. Er ist, wie § 868 am Schlusse sagt, auch Besitzer. Randa nennt ihn daher den „Auchbesitzer" und bespöttelt diesen Grundsatz, weil derjenige, der im gemeinen Recht die Hauptperson sei, zum bloßen Auchbesitzer erniedrigt werde.[4]) Dabei ist also nicht, wie nach römischem und gemeinem Recht, der Pächter, Mieter usw. als Vertreter des Ver-

[1]) Das römische Recht verfolgte eine plutokratische Politik, die den Mittelstand von den Eigenbesitzern abhängig machte; vgl. Jörs in Birkmeyers Encyklopädie I S. 106 und die in Anm. 1 genannten, Gaertner a. a. O. S. 124 ff. Den deutschen Wirtschaftsverhältnissen entspricht diese gedrückte Lage der Fremdbesitzer nicht mehr.

[2]) D. h. vorbehaltlich des § 855 (Vorbereitungsheft).

[3]) Vor allem durch die tatsächliche Wahrscheinlichkeit der Erfüllung dieser Pflicht und das Zutrauen, daß sie bei dritten finden muß; vgl. oben S. 3 Anm. 3.

[4]) Das Wort „auch" bedeutet m. E. zunächst nur so viel wie „ebenfalls". Eine verächtliche, herabsetzende Bedeutung hat es nur in ironischer Redeweise. Die Gesetzgebung redet aber im Zweifel schlicht und ernst. Ihr darf eine spöttische Absicht m. E. nicht untergelegt werden.

pächters, des Vermieters usw. zu behandeln, das Verhältnis ist absichtlich umgekehrt, der Pächter selber ist zunächst und hauptsächlich Besitzer, der unmittelbare Besitzer. Der Verpächter hat nur neben ihm gewisse, aber doch nicht alle Rechte des Besitzschutzes.[1]) Darum ist auch die Terminologie des preuß. A.L.R. hier absichtlich verlassen; das A.L.R. bezeichnet diese als unvollständige Besitzer und den Eigenbesitzer als vollständigen. Das B.G.B. wollte jede Herabminderung des Pächters, Mieters u. s. w. ausschließen und redet darum hier auch nicht von unvollständigem Besitz, sondern von unmittelbarem Besitz, der in der Tat den Schwerpunkt des Verhältnisses in sich aufnimmt. Kurz, der Pächter ist der Hauptbesitzer und der Verpächter einstweilen nur „Auchbesitzer".

Natürlich kann nun aber der mittelbare Besitzer auch selber wieder in einem Verhältnisse der Rückgewährspflicht zu einem Dritten stehen, wie etwa der Aftervermieter zum Hauswirt, oder der Nießbraucher, der verpachtet, zum Eigentümer.[2]) Dann sind aber beide, sowohl der Aftervermieter als der erste Vermieter, d. i. der Hauswirt, mittelbare Besitzer, unmittelbarer Besitzer ist allein der Aftermieter. Es kann auch sein, daß mehrere mittelbare Besitzer einen ungleichartigen Besitz haben. Als naheliegendes Beispiel ist der Gerichtsvollzieher erwähnt worden, der jemandem eine Sache abpfändet. Dann wird der Eigentümer der abgepfändeten Sache mittelbarer Eigenbesitzer. Er behält das Eigentum der Sache. Der Vollstreckungsgläubiger aber ist mittelbarer Pfandbesitzer, weil für ihn gepfändet worden ist. Da haben wir mehrere mittelbare Besitzer verschiedener Qualität.[3])

Eine sehr brennende Frage, die schon zu den akutesten aus der ganzen Besitzlehre gehört, ist die, ob der mittelbare Besitzer wirklich noch wahrer Besitzer sei,[4]) ob also — das ist die praktische Pointe —

[1]) Das Nähere ist weiter unten erörtert.

[2]) Hieraus ergibt sich, daß nicht alle mittelbaren Besitzer Eigenbesitzer sind. Es kann vielmehr derselbe Fremdbesitzer im Verhältnisse zu seinem Herren Besitzvermittler, und im Verhältnisse zu seinem Besitzvermittler mittelbarer Besitzer sein. So der Pächter bei der Afterpacht. Man redet in solchen Fällen vom näheren und vom entfernteren mittelbaren Besitze. So z. B. Biermann zu § 871.

[3]) Auch dies ist sehr streitig; vgl. die Breslauer Dissertation: Paul Riedinger, Die rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers, Breslau 1903. Zugleich in erweitertem Umfange erschienen als „Der Besitz an gepfändeten Sachen". Breslau, Wilhelm Köbner, 1903. Das öffentliche Recht greift in dieses Rechtsverhältnis ein.

[4]) Gemeint ist, ob er als solcher zu behandeln sei. Daß er es auch tatsächlich

die Paragraphen des B.G.B., die einen Besitzer schlechtweg erwähnen, im Zweifel immer auch die mittelbaren mitbegreifen oder vielmehr nur auf den unmittelbaren zu beziehen sind. Wenn sie den mittelbaren mitbegreifen, so wird eben die Ersitzung, der Fruchterwerb, die Passivlegitimation für die rei vindicatio auch in der Person des unmittelbaren anzuerkennen sein.[1]) Andere aber behaupten, daß der ganze mittelbare Besitz vielmehr nur in einer Fiktion des Besitzes für einzelne Beziehungen bestehe, z. B. für Gewährung der Besitzklage gegen Eigenmacht. Dies war in der Tat die Auffassung der Mehrheit der Kommission, die das B.G.B. fertiggestellt hat.

In der Literatur hat dies am schärfsten und mit vielem Scharfsinn Wendt im 87. Bande des Archivs für zivilistische Praxis verteidigt. Wendts Grundgedanke ist immer, der mittelbare Besitzer steht und fällt mit der Rückgewährspflicht. Die Basis des mittelbaren Besitzes ist bloß eine obligatorische. In Wahrheit sollte man ihn gar nicht Besitzer nennen, er ist es eben nur kraft einer Fiktion[2]) für gewisse Beziehungen. Aber prüft man die Gründe für diese Meinung, so sind sie doch unzureichend.

Der Hauptgrund, den Wendt wie ein unumstößliches Axiom hinstellt, ist der, daß possessio plurium in solidum unmöglich sei. Wenn unmittelbare Besitzer Besitz haben, dann können mittelbare ihn nicht auch haben, sondern können als Besitzer nur in gewissen Beziehungen fingiert werden.[3]) Dagegen wird man erwidern müssen, wie schon

---

ist, läßt sich durch die Gesetzgebung nicht hindern; denn er hat einen Einfluß auf die Seele des unmittelbaren Besitzers und damit mittelbar auf die Schicksale der Sache, der nicht auf Einbildung beruht, sondern der Wirklichkeit angehört. Vgl. S. 3 Anm. 3, S. 8 Anm. 3.

[1]) D. h. natürlich: zu Gunsten des Eigenbesitzers.

[2]) S. 40 ff. Es hängt dies mit der verbreiteten Neigung zusammen, Tatbestände, die sich nicht mit Händen greifen lassen, sondern psychologische Betrachtung verlangen, ohne weiteres als „Fiktionen" zu bezeichnen, obwohl sie durch Beobachtung feststellbar sind. Dahin gehört m. E. die Polemik Biermanns, Anm. 2 zu § 854, gegen Planck, Bem. 2 S. 32, dem Recht zu geben ist, wenn er die psychologische Kraft der Sachlage als „tatsächliche Gewalt" anerkennt, sofern sie Störungslustige abzuschrecken vermag, gleichviel, ob der hierdurch Begünstigte die Sache berührt hat und ob sie in seinem Gesichtskreise liegt. Vgl. S. 3 Anm. 3.

[3]) Hierbei ist der tatsächliche Wert der Treue, die der unmittelbare Besitzer dem mittelbaren bewahrt, zu gering veranschlagt, sowie der Einfluß, den die Voraussicht dieser Treue Dritten gegenüber ausübt, indem sie infolge ihrer Kenntnis der Sachlage den mittelbaren Besitz tatsächlich unangetastet lassen.

Dernburg [1]) es tut, daß der römische Satz: possessio plurium in solidum fieri non potest [2]) im B.G.B. sich nirgends ausgesprochen findet, und daß außerdem auch der mittelbare Besitzer immer noch eine gewisse tatsächliche Gewalt über die Sache, die sich in den Händen des andern befindet, behält; oder sollte der Vermieter oder Verpächter gar keine Gewalt mehr über sein Haus oder sein Landgut haben?

Darum haben gegen Wendt sich ausgesprochen Gierke, Dernburg, Strohal u. a. m. Die praktischen Konsequenzen dieser Annahme, daß auch der mittelbare Besitzer wahrer Besitzer sei, werden wir an zahlreichen Stellen noch kennen lernen. Der Hauptpunkt ist, daß darum auch der mittelbare Besitzer Selbsthilferecht haben muß, obwohl das B.G.B. es ihm nicht ausdrücklich beilegt.[3]) Aber andererseits ist doch zugleich auch zu erwägen, daß der mittelbare Besitz nur da anzuerkennen ist, wo noch ein gewisser Rest tatsächlicher Herrschaft für den mittelbaren Besitzer vorliegt. Also wie steht es z. B. — das ist der Punkt, wo sich Wendt von Strohal, Gierke usw. trennt —, wenn jemand eine Sache verloren und ein Spaziergänger sie gefunden hat? Dann ist unzweifelhaft der Finder unmittelbarer Besitzer; aber ist der Verlierer mittelbarer Besitzer? Wendt sagt: ja. Denn der Finder hat ja die Rückgewährspflicht, und wo diese obligatorische Pflicht besteht, da ist mittelbarer Besitz vorhanden.[4])

Dagegen ist zu sagen: Wenn der mittelbare Besitz nicht auf einer obligatorischen Pflicht beruht, sondern eine tatsächliche Beziehung zur Sache voraussetzt, dann fehlt die bei dem Verlierer ganz und gar, der den Finder nicht kennt und für den jeder Zusammenhang mit seiner Sache abgebrochen ist.[5]) Ebenso ist, wenn jemand in einem fremden

[1]) Bürg. R. Bd. 3, 2. Aufl., S. 48.

[2]) Er bezieht sich nur auf mehrfachen Eigenbesitz, nicht auf Fremdbesitz neben Eigentumsbesitz, auch nicht auf mehrfachen Besitzschutz, wie er auch nach röm. R. für den Herrn neben dem Prekaristen zuweilen angenommen wird und jedenfalls denkbar war.

[3]) Es ist dies weiter unten näher besprochen.

[4]) So auch Planck, Anm. 2 zu § 868 S. 56. Die Frage ist allgemein zu fassen: Kann der Besitz durch einen unbeauftragten Geschäftsführer erworben werden? Schon nach römischem Rechte ist hier die Identität des (fehlenden) Auftrages mit dem erforderlichen Besitzwillen des Herrn zweifelhaft. Nach B.G.B. würde auch hier die Entbehrlichkeit des Besitzwillens eine Rolle spielen. Die Verneinung der Frage ist trotzdem wohl herrschende Meinung, vgl. Biermann, Anm. 6 zu § 686, was m. E. zu bedauern ist, vgl. jedoch auch Planck, Anm. 2 zu § 868 S. 37.

[5]) Man könnte auch hier die Möglichkeit, den Verlierer zu finden oder den

die Paragraphen des B.G.B., die einen Besitzer schlechtweg erwähnen, im Zweifel immer auch die mittelbaren mitbegreifen oder vielmehr nur auf den unmittelbaren zu beziehen sind. Wenn sie den mittelbaren mitbegreifen, so wird eben die Ersitzung, der Fruchterwerb, die Passivlegitimation für die rei vindicatio auch in der Person des unmittelbaren anzuerkennen sein.[1]) Andere aber behaupten, daß der ganze mittelbare Besitz vielmehr nur in einer Fiktion des Besitzes für einzelne Beziehungen bestehe, z. B. für Gewährung der Besitzklage gegen Eigenmacht. Dies war in der Tat die Auffassung der Mehrheit der Kommission, die das B.G.B. fertiggestellt hat.

In der Literatur hat dies am schärfsten und mit vielem Scharfsinn Wendt im 87. Bande des Archivs für zivilistische Praxis verteidigt. Wendts Grundgedanke ist immer, der mittelbare Besitzer steht und fällt mit der Rückgewährspflicht. Die Basis des mittelbaren Besitzes ist bloß eine obligatorische. In Wahrheit sollte man ihn gar nicht Besitzer nennen, er ist es eben nur kraft einer Fiktion[2]) für gewisse Beziehungen. Aber prüft man die Gründe für diese Meinung, so sind sie doch unzureichend.

Der Hauptgrund, den Wendt wie ein unumstößliches Axiom hinstellt, ist der, daß possessio plurium in solidum unmöglich sei. Wenn unmittelbare Besitzer Besitz haben, dann können mittelbare ihn nicht auch haben, sondern können als Besitzer nur in gewissen Beziehungen fingiert werden.[3]) Dagegen wird man erwidern müssen, wie schon

---

ist, läßt sich durch die Gesetzgebung nicht hindern; denn er hat einen Einfluß auf die Seele des unmittelbaren Besitzers und damit mittelbar auf die Schicksale der Sache, der nicht auf Einbildung beruht, sondern der Wirklichkeit angehört. Vgl. S. 3 Anm. 3, S. 8 Anm. 3.

[1]) D. h. natürlich: zu Gunsten des Eigenbesitzers.

[2]) S. 40 ff. Es hängt dies mit der verbreiteten Neigung zusammen, Tatbestände, die sich nicht mit Händen greifen lassen, sondern psychologische Betrachtung verlangen, ohne weiteres als „Fiktionen" zu bezeichnen, obwohl sie durch Beobachtung feststellbar sind. Dahin gehört m. E. die Polemik Biermanns, Anm. 2 zu § 854, gegen Planck, Bem. 2 S. 32, dem Recht zu geben ist, wenn er die psychologische Kraft der Sachlage als „tatsächliche Gewalt" anerkennt, sofern sie Störungslustige abzuschrecken vermag, gleichviel, ob der hierdurch Begünstigte die Sache berührt hat und ob sie in seinem Gesichtskreise liegt. Vgl. S. 3 Anm. 3.

[3]) Hierbei ist der tatsächliche Wert der Treue, die der unmittelbare Besitzer dem mittelbaren bewahrt, zu gering veranschlagt, sowie der Einfluß, den die Voraussicht dieser Treue Dritten gegenüber ausübt, indem sie infolge ihrer Kenntnis der Sachlage den mittelbaren Besitz tatsächlich unangetastet lassen.

Dernburg [1]) es tut, daß der römische Satz: possessio plurium in solidum fieri non potest [2]) im B.G.B. sich nirgends ausgesprochen findet, und daß außerdem auch der mittelbare Besitzer immer noch eine gewisse tatsächliche Gewalt über die Sache, die sich in den Händen des andern befindet, behält; oder sollte der Vermieter oder Verpächter gar keine Gewalt mehr über sein Haus oder sein Landgut haben?

Darum haben gegen Wendt sich ausgesprochen Gierke, Dernburg, Strohal u. a. m. Die praktischen Konsequenzen dieser Annahme, daß auch der mittelbare Besitzer wahrer Besitzer sei, werden wir an zahlreichen Stellen noch kennen lernen. Der Hauptpunkt ist, daß darum auch der mittelbare Besitzer Selbsthilferecht haben muß, obwohl das B.G.B. es ihm nicht ausdrücklich beilegt.[3]) Aber andererseits ist doch zugleich auch zu erwägen, daß der mittelbare Besitz nur da anzuerkennen ist, wo noch ein gewisser Rest tatsächlicher Herrschaft für den mittelbaren Besitzer vorliegt. Also wie steht es z. B. — das ist der Punkt, wo sich Wendt von Strohal, Gierke usw. trennt —, wenn jemand eine Sache verloren und ein Spaziergänger sie gefunden hat? Dann ist unzweifelhaft der Finder unmittelbarer Besitzer; aber ist der Verlierer mittelbarer Besitzer? Wendt sagt: ja. Denn der Finder hat ja die Rückgewährspflicht, und wo diese obligatorische Pflicht besteht, da ist mittelbarer Besitz vorhanden.[4])

Dagegen ist zu sagen: Wenn der mittelbare Besitz nicht auf einer obligatorischen Pflicht beruht, sondern eine tatsächliche Beziehung zur Sache voraussetzt, dann fehlt die bei dem Verlierer ganz und gar, der den Finder nicht kennt und für den jeder Zusammenhang mit seiner Sache abgebrochen ist.[5]) Ebenso ist, wenn jemand in einem fremden

[1]) Bürg. R. Bd. 3, 2. Aufl., S. 48.

[2]) Er bezieht sich nur auf mehrfachen Eigenbesitz, nicht auf Fremdbesitz neben Eigentumsbesitz, auch nicht auf mehrfachen Besitzschutz, wie er auch nach röm. R. für den Herrn neben dem Prekaristen zuweilen angenommen wird und jedenfalls denkbar war.

[3]) Es ist dies weiter unten näher besprochen.

[4]) So auch Planck, Anm. 2 zu § 868 S. 56. Die Frage ist allgemein zu fassen: Kann der Besitz durch einen unbeauftragten Geschäftsführer erworben werden? Schon nach römischem Rechte ist hier die Identität des (fehlenden) Auftrages mit dem erforderlichen Besitzwillen des Herrn zweifelhaft. Nach B.G.B. würde auch hier die Entbehrlichkeit des Besitzwillens eine Rolle spielen. Die Verneinung der Frage ist trotzdem wohl herrschende Meinung, vgl. Biermann, Anm. 6 zu § 686, was m. E. zu bedauern ist, vgl. jedoch auch Planck, Anm. 2 zu § 868 S. 37.

[5]) Man könnte auch hier die Möglichkeit, den Verlierer zu finden oder den

Grundstück einen Schatz findet, der Entdecker des Schatzes unmittelbarer Besitzer, der Grundeigentümer mittelbarer. Man könnte dagegen hervorheben, daß für den Finder eine Obligation zur Herausgabe der Hälfte des Schatzes besteht. Aber auch hier fehlt jede sachliche Beziehung, der Zusammenhang zwischen Grundeigentümer und Schatz ist abgebrochen, ja er hat gar nie Besitz gehabt. Also ist der Grundeigentümer nicht mittelbarer Besitzer. Wollte man aber am Worte des Gesetzes haften, so müßte man schließlich dahin kommen, daß der Eigentümer einer gestohlenen Sache immer noch unmittelbarer Besitzer bleibt. Die Rückgewährspflicht besteht doch für den Dieb ganz gewiß.[1]) Dann könnte man durch einen Diebstahl nicht um seinen Besitz gebracht werden. Ich glaube nicht, daß man die erwähnten Sätze Wendts wird zugeben dürfen.[2]) Die praktische Pointe wird sich in aller Schärfe beim Besitzschutz zeigen.

Das B.G.B. kennt auch einen gemeinschaftlichen Besitz. Im § 866 ist possessio plurium pro partibus indivisis anerkannt. Der Besitz ist also nach dem B.G.B. teilbar und kann zu idealen Teilen mehreren zustehen, zu Bruchteilen, wenn auch dieser Ausdruck hier nicht gebraucht ist.[3])

Finder zu entdecken, ebenso in Betracht ziehen, wie bei der verlegten Sache die Möglichkeit, sie wieder aufzufinden, beachtet zu werden pflegt. Planck a. a. O. scheint dies nicht annehmen zu wollen.

[1]) Aber ihre Erfüllung ist nicht wahrscheinlich.

[2]) Mit noch größerer Bestimmtheit bestreitet den Unterschied zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitze Fischer, Handausgabe 5. Aufl. Anm. 4 zu § 868, vgl. Biermann, Anm. 5 zu § 868. Man wird aber Wendt zugeben müssen, daß mittelbarer und unmittelbarer Besitz sowohl in der Lage der Sache gegenüber dem Besitzer, als auch hinsichtlich des zugesicherten Rechtsschutzes verschieden und gesondert zu betrachten sind, was auch Fischer zugiebt. Ist dies geschehen, so kann man die doktrinäre Frage dahingestellt lassen, ob der eine oder der andere als der hauptsächliche oder als bloßer „Auchbesitzer" anzusehen ist. Vgl. oben S. 12 Anm. 4.

[3]) Auch als Mitbesitz an einem abgegrenzten Teile, z. B. den Treppen für alle Mieter. Biermann, Anm. 1 a. E. zu § 866. Streitig ist dagegen, ob an den in Stahlkammern aufbewahrten Sachen Mitbesitz oder mittelbarer Besitz des Bankiers vorliege (s. Literatur bei Biermann a. a. O.) M. E. verbietet die Ungleichartigkeit des Einflusses, der beiden Teilen zusteht, die Annahme eines Mitbesitzes. Den bloß mittelbaren Besitz hat aber der Hinterleger, wenn er ohne Erlaubnis des Bankiers nicht an die Stahlkammer herankommen kann, und nicht der Bankier. Auch hier gilt also Fischers Formel (Handausgabe, Anm. 3 zu § 868): „Doppelbesitz nicht Mitbesitz".

§ 2.

2. Erwerb und Verlust des Besitzes.

Der Erwerb des Besitzes besteht nach § 854 in der Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Das entspricht im wesentlichen den Vorschriften des römischen Rechtes. Wann nun tatsächliche Gewalt erlangt sei, das bleibt natürlich quaestio facti, und da wird uns das römische Recht wohl immer noch unübertroffene Anleitung zur Beurteilung der einzelnen Fälle geben. Insbesondere ist kein Zweifel, daß auch der Dieb nach dem B.G.B. Besitzer ist, und zwar genauer gesprochen, Eigenbesitzer; denn er besitzt mit animus domini, ist also ebensogut Besitzer wie nach römischem Recht.[1])

Natürlich sind auch die beiden allbekannten Abkürzungen des Besitzerwerbs, traditio brevi manu und constitutum possessorium, vom B.G.B. anerkannt, und zwar mit einem zusammenfassenden Satze im § 854 Abs. 2: „Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben".[2])

[1]) Dies ist wohl herrschende Meinung (Dernburg, Bürg. R. III, 2. Aufl., § 12 S. 45 zu 2, Biermann Anm. 1 zu § 872) und erklärt sich aus der Annahme, daß das B.G.B. unter dem neuen Namen nur eine altbekannte, allen geläufige Sache beibehalten wollte. Der Wortlaut des § 871 erweckt Zweifel („als ihm gehörend"). Die Frage ist darum ohne praktische Bedeutung, weil die Fälle, in denen der Eigenbesitz bedeutsam wird, den Dieb nicht berühren, vgl. übrigens hierzu auch Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, 1901, S. 129, mit Bezug auf Planck zu § 872.

[2]) Die Lage der Sache im Gesichtskreise der Parteien wird nicht verlangt (im Widerstreite gegen Savigny, aber im Einklange mit der neueren gemeinrechtlichen Lehre). Zuweilen wird sie trotzdem unerläßlich sein, damit der Erwerber die Sache auffinden kann. Wo er dies nicht kann, wird er auch nicht in der Lage sein, die Gewalt über sie auszuüben. Die Streitfrage, ob man überschwemmte Grundstücke in fremden Besitz geben könne (Cosack, Lehrbuch III, 3. Aufl., § 187, 2 cβ S. 74, u. Biermann, Anm. 8 zu § 854), wird daher wohl davon abhängen, ob die Grenzen des Grundstücks dem Erwerber bekannt und vom Wasser nicht verwischt sind. Dagegen möchte ich gegen Cosack a. a. O. Sachen, die in einer fremden Wohnung zur Abholung bereitstehen, nur dann für übergeben halten, wenn der Erwerber diese Wohnung genau kennt und die erforderlichen Schlüssel hat, um ohne weiteres in den Aufbewahrungsraum eindringen zu können. — Im gleichen Sinne hat das Reichsgericht (Bd. 52 Nr. 100 S. 389) entschieden, daß einzelne Stücke aus einer Gesamtheit erst dann übergeben sind, wenn der Besitzer sie genau kennt und ohne weiteres finden kann, was auch bei Verpfändungen gelten muß (S. 390).

Grundstück einen Schatz findet, der Entdecker des Schatzes unmittelbarer Besitzer, der Grundeigentümer mittelbarer. Man könnte dagegen hervorheben, daß für den Finder eine Obligation zur Herausgabe der Hälfte des Schatzes besteht. Aber auch hier fehlt jede sachliche Beziehung, der Zusammenhang zwischen Grundeigentümer und Schatz ist abgebrochen, ja er hat gar nie Besitz gehabt. Also ist der Grundeigentümer nicht mittelbarer Besitzer. Wollte man aber am Worte des Gesetzes haften, so müßte man schließlich dahin kommen, daß der Eigentümer einer gestohlenen Sache immer noch unmittelbarer Besitzer bleibt. Die Rückgewährspflicht besteht doch für den Dieb ganz gewiß.[1]) Dann könnte man durch einen Diebstahl nicht um seinen Besitz gebracht werden. Ich glaube nicht, daß man die erwähnten Sätze Wendts wird zugeben dürfen.[2]) Die praktische Pointe wird sich in aller Schärfe beim Besitzschutz zeigen.

Das B.G.B. kennt auch einen gemeinschaftlichen Besitz. Im § 866 ist possessio plurium pro partibus indivisis anerkannt. Der Besitz ist also nach dem B.G.B. teilbar und kann zu idealen Teilen mehreren zustehen, zu Bruchteilen, wenn auch dieser Ausdruck hier nicht gebraucht ist.[3])

Finder zu entdecken, ebenso in Betracht ziehen, wie bei der verlegten Sache die Möglichkeit, sie wieder aufzufinden, beachtet zu werden pflegt. Planck a. a. O. scheint dies nicht annehmen zu wollen.

[1]) Aber ihre Erfüllung ist nicht wahrscheinlich.

[2]) Mit noch größerer Bestimmtheit bestreitet den Unterschied zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitze Fischer, Handausgabe 5. Aufl. Anm. 4 zu § 868, vgl. Biermann, Anm. 5 zu § 868. Man wird aber Wendt zugeben müssen, daß mittelbarer und unmittelbarer Besitz sowohl in der Lage der Sache gegenüber dem Besitzer, als auch hinsichtlich des zugesicherten Rechtsschutzes verschieden und gesondert zu betrachten sind, was auch Fischer zugiebt. Ist dies geschehen, so kann man die doktrinäre Frage dahingestellt lassen, ob der eine oder der andere als der hauptsächliche oder als bloßer „Auchbesitzer" anzusehen ist. Vgl. oben S. 12 Anm. 4.

[3]) Auch als Mitbesitz an einem abgegrenzten Teile, z. B. den Treppen für alle Mieter. Biermann, Anm. 1 a. E. zu § 866. Streitig ist dagegen, ob an den in Stahlkammern aufbewahrten Sachen Mitbesitz oder mittelbarer Besitz des Bankiers vorliege (s. Literatur bei Biermann a. a. O.) M. E. verbietet die Ungleichartigkeit des Einflusses, der beiden Teilen zusteht, die Annahme eines Mitbesitzes. Den bloß mittelbaren Besitz hat aber der Hinterleger, wenn er ohne Erlaubnis des Bankiers nicht an die Stahlkammer herankommen kann, und nicht der Bankier. Auch hier gilt also Fischers Formel (Handausgabe, Anm. 3 zu § 868): „Doppelbesitz nicht Mitbesitz".

§ 2.

2. Erwerb und Verlust des Besitzes.

Der Erwerb des Besitzes besteht nach § 854 in der Erlangung der tatsächlichen Gewalt. Das entspricht im wesentlichen den Vorschriften des römischen Rechtes. Wann nun tatsächliche Gewalt erlangt sei, das bleibt natürlich quaestio facti, und da wird uns das römische Recht wohl immer noch unübertroffene Anleitung zur Beurteilung der einzelnen Fälle geben. Insbesondere ist kein Zweifel, daß auch der Dieb nach dem B.G.B. Besitzer ist, und zwar genauer gesprochen, Eigenbesitzer; denn er besitzt mit animus domini, ist also ebensogut Besitzer wie nach römischem Recht.[1])

Natürlich sind auch die beiden allbekannten Abkürzungen des Besitzerwerbs, traditio brevi manu und constitutum possessorium, vom B.G.B. anerkannt, und zwar mit einem zusammenfassenden Satze im § 854 Abs. 2: „Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben".[2])

[1]) Dies ist wohl herrschende Meinung (Dernburg, Bürg. R. III, 2. Aufl., § 12 S. 45 zu 2, Biermann Anm. 1 zu § 872) und erklärt sich aus der Annahme, daß das B.G.B. unter dem neuen Namen nur eine altbekannte, allen geläufige Sache beibehalten wollte. Der Wortlaut des § 871 erweckt Zweifel („als ihm gehörend"). Die Frage ist darum ohne praktische Bedeutung, weil die Fälle, in denen der Eigenbesitz bedeutsam wird, den Dieb nicht berühren, vgl. übrigens hierzu auch Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, 1901, S. 129, mit Bezug auf Planck zu § 872.

[2]) Die Lage der Sache im Gesichtskreise der Parteien wird nicht verlangt (im Widerstreite gegen Savigny, aber im Einklange mit der neueren gemeinrechtlichen Lehre). Zuweilen wird sie trotzdem unerläßlich sein, damit der Erwerber die Sache auffinden kann. Wo er dies nicht kann, wird er auch nicht in der Lage sein, die Gewalt über sie auszuüben. Die Streitfrage, ob man überschwemmte Grundstücke in fremden Besitz geben könne (Cosack, Lehrbuch III, 3. Aufl., § 187, 2 c β S. 74, u. Biermann, Anm. 8 zu § 854), wird daher wohl davon abhängen, ob die Grenzen des Grundstücks dem Erwerber bekannt und vom Wasser nicht verwischt sind. Dagegen möchte ich gegen Cosack a. a. O. Sachen, die in einer fremden Wohnung zur Abholung bereitstehen, nur dann für übergeben halten, wenn der Erwerber diese Wohnung genau kennt und die erforderlichen Schlüssel hat, um ohne weiteres in den Aufbewahrungsraum eindringen zu können. — Im gleichen Sinne hat das Reichsgericht (Bd. 52 Nr. 100 S. 389) entschieden, daß einzelne Stücke aus einer Gesamtheit erst dann übergeben sind, wenn der Besitzer sie genau kennt und ohne weiteres finden kann, was auch bei Verpfändungen gelten muß (S. 390).

Hier stehen traditio brevi manu und constitutum possessorium nebeneinander in einem Satze. Unterschieden werden sie aber an anderen Stellen, wo sie noch wichtiger sind, nämlich beim Eigentumserwerbe, § 929 Satz 2 und § 930.

§ 929 Satz 2: „Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Uebergang des Eigenthums" (traditio brevi manu).

§ 930: „Ist der Eigenthümer im Besitz der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältniß vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt" (constitutum possessorium).

Wir haben in neueren Gesetzen noch weiter gehende Anwendung des constitutum possessorium. Es ist nur an das Bankdepotgesetz zu erinnern. Im § 7 ist dort ausgesprochen, daß, wenn ein Bankier seinem Kunden Wertpapiere überschickt, die Absendung als Eigentumsübertragung gilt.

Aber eins wird deutlich, daß die traditio brevi manu und das constitutum possessorium doch vom Standpunkte des B.G.B. eine etwas andere Gestalt annehmen als im bisherigen gemeinen Rechte. Der Unterschied bei der traditio ist offenbar der, daß der Tradent, also der Gutsherr z. B., der das Gut an seinen Pächter veräußert, jetzt nicht mehr Besitz überträgt, denn der Pächter hat ja schon unmittelbaren Besitz, sondern nur seinen mittelbaren Besitz aufgibt, so daß der Name traditio nicht einmal mehr recht paßt. Bei dem constitutum possessorium ergibt sich ebenfalls ein Unterschied. Nämlich der Konstituent, z. B. der Gutsherr, der das Gut verkauft oder verschenkt, es aber als Pächter behält und weiter bewirtschaftet, hört jetzt nicht mehr auf, Besitzer zu sein wie im gemeinen Rechte, sondern bleibt unmittelbarer Besitzer und erkennt nur neben sich den Erwerber als mittelbaren Besitzer an. Da es an anderen Ausdrücken fehlt, wird man die römische Bezeichnung wohl auch in Zukunft beibehalten, wenn sie auch nicht mehr ganz genau zutrifft.[1])

[1]) Die Unterstellung der traditio brevi manu und des constitutum possessorium (§§ 929 ff.) unter § 854 Abs. 2 läßt sich dann nicht bezweifeln, wenn, was jedoch nicht immer der Fall ist, die Sache dabei dem Erwerber zugänglich wird. Doch ist hinzuzufügen: 1. daß die besonderen Erfordernisse, die die §§ 929 ff. für den Eigentumserwerb verlangen, für die bloße Besitzübertragung (z. B. die Einräumung des Pfandbesitzes) nicht ohne weiteres gelten, vgl. Biermann Anm. 9 zu § 854, 2. daß noch andere Einigungsfälle unter § 854 Abs. 2 gehören, namentlich die sog. longa

Endlich kann nach § 870, was stark betont werden muß, jemand auch schon dadurch Besitz erwerben, daß der mittelbare Besitzer seinen Anspruch auf Herausgabe der Sache ihm, dem Erwerber, abtritt. Natürlich erwirbt dann dieser wieder nur mittelbaren Besitz, aber den bekommt er durch bloße Abtretung. Das erinnert einigermaßen an die preußischrechtliche Besitzübertragung durch Anweisung. Aber der Unterschied ist der, daß der Besitz übergeht, auch wenn der unmittelbare Besitzer sich nicht fügt, während das nach dem preußischen Rechte verlangt wird.[1])

Es ist hier an einen berühmten Fall aus den Entscheidungen des Obertribunals zu erinnern. Ein Gutsbesitzer hatte in seinem Forste Holz schlagen lassen, das nun bei dem Inspektor lagert. Der Besitzer verschleudert in der Stadt das Holz an einen Holzhändler für einen niedrigen Preis und gibt diesem eine schriftliche Anweisung an den Inspektor, daß dieser das Holz aushändigen solle. Der Inspektor aber weigert sich und erklärt: „Dies wundervolle Holz gebe ich nicht für einen solchen Schleuderpreis her." [2]) Hat der Holzhändler Besitz erworben oder nicht? Nach preußischem Rechte: nein, da der Inspektor sich nicht gefügt und den Holzhändler nicht als Besitzer anerkannt hatte. Nach dem B.G.B. ist ihm aber Besitz zuzuerkennen; denn der Gutsbesitzer hatte ihm ja seinen Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten, und das genügt.[3])

---

manu traditio und überhaupt alle Aneignungen oculis et affectu, z. B. bei dem vor dem Empfänger aufgezählten Gelde. — Die Frage 1 hängt mit der allgemeineren Untersuchung zusammen, ob die Einigung über den Besitzübergang ein Rechtsgeschäft sei, d. h. von den Giltigkeitsbedingungen abhängt (vgl. Biermann, Anm. 7 zu § 854, und namentlich Eccius, Gruchots Beiträge Bd. 47 S. 51 ff.). Da der Besitz eine res facti ist und Vereinbarungen auch ohne Rechtsgiltigkeit zuverlässig sein können, so ist dies zu verneinen, soweit es sich nur um den Besitz und nicht auch um das Eigentum handelt. — In der Auflassung erblickt man im Zweifel einen Vertrag über Besitzübergang, Biermann, Anm. 6 zu § 854, was wohl jedenfalls bei Grundstücken zutrifft, auf denen der Veräußerer nicht wohnt noch verweilt und die dem Erwerbe bekannt und zugänglich sind, z. B. frei daliegende Äcker. Auch kann in der Auflassung die Einräumung eines mittelbaren Besitzes enthalten sein. So das R.G. Entsch. Bd. 52 Nr. 75 S. 277, m. E. jedoch nur, insoweit die Voraussetzungen des § 870 vorliegen.

[1]) Nicht durch den Wortlaut des § 66 A.L.R. I, 7.

[2]) In diesem Widerspruche gegen den Wunsch seines Herrn liegt jedenfalls eine Besitzstörung von Seiten des Besitzdieners. Es fragt sich nur, wer der Gestörte ist.

[3]) Für das B.G.B. spricht, daß widerrechtliche Störungen bei jedem Besitze

Natürlich ist dieser Besitzübergang durch Anspruchsabtretung besonders wichtig für die Veräußerung dinglicher Rechte. Darauf ist später in der Eigentumslehre zurückzukommen. Namentlich gehören Fälle hierher, wie Übertragung durch Konnossemente, Lagerscheine, Ladescheine u. s. w., durch deren Ausantwortung immer der Herausgabeanspruch abgetreten wird. „Anders jedoch bei einem Auslieferungsschein, der nur zur Empfangnahme berechtigen soll.“ [1]) Auch das Eigentum an Depots kann durch bloße Abtretung des Anspruchs ohne Mitteilung an den Bankier übertragen werden. Wenn ich also auf der Reichsbank oder sonstwo ein Depot habe, und trete meinen Anspruch darauf einem anderen ab, so genügt das zur Übertragung des Besitzes und folgeweise mittelbar zur Übertragung des Eigentums, ohne daß die Bank Notiz davon zu nehmen braucht. So ist die Übertragung des Besitzes dadurch ungemein erleichtert.

Fraglich kann endlich sein, ob nach dem B.G.B. auch der Satz Geltung habe: nemo sibi causam possessionis mutare potest, nach dem niemand durch bloßen Willensentschluß ohne dessen äußere Betätigung den Besitz ändern kann. Ausgesprochen ist der Satz nirgends, aber man muß ihn als in der Natur der Sache liegend annehmen. Durch bloße Willensänderung ist ein Besitz nicht aus Fremdbesitz in Eigenbesitz zu verwandeln, wovon später die Konsequenzen gezogen werden sollen.

Ebenso können die bloßen Besitzdiener, der Dienstbote z. B., der die Sachen der Herrschaft benutzt, nicht durch einfachen Willensentschluß ihre

denkbar sind und ihre Möglichkeit das Vorhandensein der tatsächlichen Gewalt grundsätzlich nicht ausschließt. Den Besitz begründet nicht die Unmöglichkeit eines Ungehorsams der Mittelsperson, sondern schon der Gehorsam, den der mittelbare Besitzer von der Mittelsperson in der Regel insoweit erwarten kann, als dies aus dem beschränkten Abhängigkeitsverhältnisse folgt. Um so viel mehr gilt dies von dem unbeschränkten Abhängigkeitsverhältnisse des Besitzdieners, und es kann daher nach dem Satze: „In majore minus“ Biermann nicht zugestimmt werden, wenn er Anm. 2 zu § 870 die Besitzübertragung des § 870 den Besitzdienern gegenüber nicht gelten lassen will.

[1]) „Vorbereitungsheft“, vgl. Dernburg, Bürg. R., 2. Aufl. III S. 59 Nr. 6, woselbst auch darauf hingewiesen wird, daß nach B.G.B. von einer symbolischen Übergabe nicht gesprochen zu werden braucht. Näheres über die Aushändigung von Traditionspapieren vgl. bei E. Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht, Jena 1901, S. 271 ff. Eine Faktura gehört nicht dazu, Biermann, Anm. 1 zu § 870. Man wird sie den „Auslieferungsscheinen“ in der Redeweise Ecks beizählen dürfen.

Stellung als Besitzdiener in die von Besitzherren verwandeln, quia causam possessionis mutare non possunt.[1])

Die Endigung des Besitzes ist durch § 856 kurz bestimmt. Der Besitz endigt durch Wegfall der tatsächlichen Gewalt. Wann dieser vorliegt, ist wieder Tatfrage. Jedenfalls genügt die Aufgabe der Gewalt durch den Besitzer selber, wenn er die betreffende Sache wegwirft.[2]) Aber auch auf andere Weise, durch Wegnahme u. s. w. von Seiten eines dritten, kann der Besitz beendigt werden. Dagegen erlischt der Besitz nach § 856 Abs. 2 nicht, was ja möglich wäre,[3]) wenn in der Ausübung der Gewalt nur eine Verhinderung eintritt, die ihrer Natur nach vorübergehend ist.[4]) Dahin gehören Fälle, die auch schon das römische Recht erwähnt.[5]) Wenn jemand Tiere auf die Weide treiben, oder Tauben ausfliegen läßt, wenn das Grundstück auf den Bergen im Winter unzugänglich ist, so ist das eine ihrer Natur nach vorübergehende Behinderung in der Ausübung der Gewalt.[6]) Diese soll den Besitz nicht aufheben. Dagegen ist das B.G.B.

---

[1]) Auch durch eine bloße Erklärung an den Herrn vermag der Besitzdiener dies nicht ohne weiteres. Dieser Punkt ist aber sehr streitig, vgl. Biermann, Anm. 5 zu § 856. Wo die Ernstlichkeit der Gehorsamsabsage zweifellos ist, da kann der Besitzverlust des Herrn m. E. nicht bestritten werden.

[2]) Der römische Besitzverlust solo animo bezog sich der richtigen Meinung nach nur auf geäußerte Wünsche. A. M. anscheinend Biermann, Anm. 2 zu § 856, der übrigens in Anlehnung an Strohal, unter Umständen auch nach B.G.B., eine bloße Besitzaufgabe durch Erklärung ohne Weggabe der Sache für wirksam hält. In der Regel wird freilich in der Erlaubnis, eine Sache abzuholen, z. B. Eicheln in einem Walde aufzulesen, das bloße Anerbieten einer Tradition liegen. — Für die Aufgabe des Besitzes wird mit Recht Geschäftsfähigkeit verlangt, freilich nicht ohne Widerspruch, vgl. Biermann, Anm. 2 zu § 856.

[3]) Theoretisch möglich allerdings, praktisch aber wohl kaum.

[4]) Nur aus diesem Gesichtspunkte wird man die streitige Frage zu beantworten haben, ob der Besitzer den Besitz verliert, wenn der Besitzdiener oder der vermittelnde Besitzer ihn ohne sein Willen preisgegeben hat, vgl. die Literatur bei Biermann, Anm. 7 zu § 868.

[5]) Für die Beibehaltung des Besitzes wird auch schon nach früheren Rechten nicht dieselbe Nähe zur Sache verlangt, wie für den Besitzerwerb. Das Erfordernis der „Sichtbarkeit" des Besitzes beruht hier völlig auf einem Wahn. Mit Recht beläßt Biermann, Anm. 3 zu § 856, auch dem zu lebenslänglichem Zuchthaus Abgeführten den Besitz an seinen Sachen, weil er über sie durch Besitzdiener zu verfügen in der Lage ist.

[6]) Wenn der Erblasser bei dem Sturze in eine Gletscherspalte stirbt oder ertrinkt, so wird es für die streitige Vererblichkeit des Besitzes an seinen Kleidern (Biermann, Anm. 2

nicht soweit gegangen, die freilich sehr extreme römischrechtliche Fortdauer des Besitzes an Grundstücken auch dann anzunehmen, wenn eine eigenmächtige Aneignung durch einen andern stattgefunden hat. Wenn jemand verreist und in seiner Abwesenheit das Grundstück von einem Eindringlinge besetzt wird, so behält er nicht den Besitz, wie nach römischem Rechte, bis er es erfährt und dann die Wiedererlangung versäumt, sondern er verliert den Besitz sogleich, ohne davon zu wissen.[1])

Der Besitz erlischt ferner nicht, wenn der Besitzer stirbt. Nach § 857 geht der Besitz auf den Erben über. Das entspricht wiederum dem römischen Rechte nicht,[2]) dagegen allerdings dem alten deutschen, und ist wohl eine zweckmäßige Ausdehnung des Besitzschutzes. Im preußischen Rechte ist das ja bekanntlich bestritten, aber die Richtung der Entwickelung geht doch dahin, den Besitz für vererblich zu erklären.[3]) Die weitgehenden Konsequenzen sind nachher zu berühren.

Es fällt auf, daß hiernach das B.G.B. über Besitzerwerb und Besitzverlust durch dritte Personen, durch einen andern, durch Stellvertreter, keine Silbe sagt. Da wird man die erforderlichen Regeln aus dem Begriffe der tatsächlichen Gewalt entwickeln,[4]) und unterscheiden müssen zwischen dem Besitzdiener, der auf Grund seines Dienstverhältnisses die tatsächliche Gewalt erlangt, und zwischen dem

---

zu § 857) darauf ankommen, ob ihre Wiedererlangung nur vorübergehend unmöglich geworden ist. Sonst fallen Erbfolge und Besitzverlust zusammen.

[1]) Für das römische Recht sprach immerhin die Erfahrung, daß derartige Eindringlinge fortzulaufen pflegen, wenn der Herr heimkehrt. Das B.G.B. erweitert dagegen den Kreis der Fälle, in denen man die Obrigkeit anrufen soll, statt sich selbst zu helfen.

[2]) Vom suus heres sieht Eck ab.

[3]) M. E. eine folgerichtige Anwendung des Gedankens: Der Tote erbt den Lebendigen, um deren Anerkennung sich bekanntlich Strohal besonders verdient macht. Wer heutzutage eine Nachlaßsache liegen sieht, weiß, daß sie einem (vielleicht entfernten) Herrn gehört. Tastet er sie an, so ist er ein Besitzstörer, wenn er nicht etwa als unbeauftragter Geschäftsführer handelt. Es kann daher die mehrfach aufgestellte Behauptung (Biermann, Anm. 2 zu § 857) nicht zugegeben werden, daß sich nur die Rechtsstellung vererbe, nicht das tatsächliche Gewaltverhältnis, vgl. über dieses oben S. 3 Anm. 3.

[4]) Hierbei muß das Schutzbedürfnis des Volkes den obersten Ausgangspunkt bieten, um die rechtserhebliche tatsächliche Gewalt richtig abzugrenzen. Ohne das käme man auch hier zur „Begriffsjurisprudenz".

unmittelbaren Beſitzer, der durch Beſitzerwerb einen andern zum mittelbaren macht. „Hier muß der Wille des unmittelbaren Beſitzers, für den Prinzipal mittelbaren Beſitz zu verſchaffen, und deſſen Wille, mittelbar zu erwerben, zuſammentreffen.“[1])

Aus dem B.G.B. iſt freilich hierüber nichts zu entnehmen. Daher mag das Nähere hier dahingeſtellt bleiben.[2])

---

[1]) Dieſe Stelle des Vorbereitungsheftes iſt vielleicht mit Abſicht in den Vorträgen weggelaſſen worden. Wenigſtens nimmt man neuerdings mit Recht an, daß der Wille des Vertreters überall da entbehrlich iſt, wo der Wille des Erwerbers es ſein würde, vgl. Biermann, Anm. 4 zu § 855. Man denke an die Abgabe einer Sache im Hauſe des Beſitzdieners oder des Verwahrers bei deſſen Abweſenheit für den Herrn oder den mittelbaren Beſitzer. Aber auch über den Beſitzwillen des Herrn müſſen nach B.G.B. bei dem Erwerbe durch eine Mittelsperſon freiere Grundſätze gelten wie bisher, was insbeſondere für den Erwerb durch unbeauftragte Geſchäftsführer von Bedeutung iſt, vgl. oben S. 15 Anm. 4 und Planck, Bemerkung 2 zu § 868, S. 56.

[2]) Der Ausfüllung dieſer von Eck erwähnten verhängnisvollen Lücke widmet ſich vornehmlich die Schrift von Franz Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb, Leipzig 1899, deren vielſeitiger Inhalt oft berückſichtigt worden iſt, aber nicht durchweg Zuſtimmung gefunden hat, vgl. namentlich Regelsberger, Über Beſitzerwerb durch Mittelsperſonen, in Iherings dogmatiſchen Jahrbüchern Bd. XLIV S. 393 ff. In ihr, wie überhaupt in der neueren Litteratur (vgl. z. B. Biermann Anm. 4 zu § 855 und Anm. 6 zu § 868), zeigt ſich das vorſichtige Streben, die vom Geſetzbuche nicht ausdrücklich anerkannte Erwerbsform durch Mittelsperſonen nur in engen Grenzen zuzulaſſen, ſehr zum Schaden des Verkehrslebens, das ihres Schutzes im allerhöchſten Maße bedarf. Ob man hier berechtigt ſei, von Stellvertretung zu reden (dagegen z. B. Biermann a. a. O.), iſt ein bloßer Wortſtreit, bei dem es übrigens zweifelhaft erſcheint, ob die Praxis nicht gegenüber dieſem Haften am Worte des lückenhaften Geſetzbuches ihre altgewöhnte Redeweiſe feſthalten wird (vgl. das Mariginale Prot. Bd. 3 S. 33, V. „Vertretung im Beſitzerwerbe“). Sehr bedenklich iſt dagegen, daß man im direkten Widerſpruche mit den Protokollen Bd. 3 S. 33 die Analogie des Vertretungsrechtes, namentlich des § 164 Abſ. 2 (ſ. oben I S. 179) in dieſem Fall grundſätzlich ablehnen will (ſo Biermann a. a. O.), obwohl ſie bei richtiger Deutung des § 164 Abſ. 2 ohne Gefahr iſt. Noch bedauerlicher iſt die Meinung, daß der Erwerb durch Mittelsperſonen inſoweit nicht möglich ſei, als dabei der Beſitz der Mittelsperſon nicht aus der Hand ſeines Herrn kann, alſo von ihm hergeleitet werde (vgl. oben S. 6 Anm. 3). Dafür ſpricht nicht der Wortlaut des hierüber gänzlich ſchweigenden Geſetzbuches noch irgend ein Intereſſe. Dagegen aber das Schutzbedürfnis des Verkehrs und der Inhalt der Protokolle a. a. O.

§ 3.

3. Rechtsnachfolge in den Besitz.

Das römische Recht kennt, wie bekannt, den Besitzerwerb nur als originär.[1]) Zu einer successio in den Besitz hat das römische Recht nur bescheidene Ansätze, aus denen Strohal[2]) denn freilich ein ganzes Prinzip hat entwickeln wollen. Das preuß. A.L.R. läßt die successio in den Besitz in etwas weiterem Umfange zu, aber doch auch noch nicht uneingeschränkt, z. B. nicht durch Erbgang. Nach dem B.G.B. aber ist die successio in den Besitz grundsätzlich anerkannt, zunächst beim Erbgang. Eine praktische Folge hiervon ist die, daß die vom Erblasser besessene Sache nicht einen Augenblick besitzlos wird, sondern wenn der Erblasser die Augen schließt, ist sein vielleicht 100 Meilen entfernter Erbe eo ipso Besitzer.[3]) Wenn demnach der Diener des Verstorbenen unmittelbar nach dem Tode Sachen seines Herrn sich aneignet, weil er weiß, daß der alleinige Erbe weit entfernt ist, so verübt er allemal einen Diebstahl.[4]) Die Sachen sind im Besitz des Erben.

[1]) D. h. nach der herrschenden Lehre.

[2]) Vgl. Strohal, Succession in den Besitz nach römischem und heutigem Rechte 1885 und die darauf bezügliche Literatur bei Kipp-Windscheid, Pandekten I § 153 Anm. 10 S. 573. Bei dieser Frage darf man nicht übersehen, daß die nichtjuristische Redeweise des Volkes unter „Nachfolge" einfach den Eintritt in die Lage eines andern versteht (z. B. Nachfolger in einer Mietswohnung), der Jurist aber nur eine solche, die ihren Inhalt von der Lage des Vorgängers abhängig macht. Daß aber eine solche Abhängigkeit auch ohne Gesetzesvorschrift bei dem übergebenen Besitze grundsätzlich eintritt, ist Strohal zuzugeben.

[3]) Besondere Schwierigkeiten ergeben sich bei der Nacherbfolge, vgl. Biermann, Anm. 4 zu § 857. Durch ihren Eintritt sinkt m. E. der Vorerbe zur Stellung eines Besitzvermittlers (nach Art des Verwahrers) hinab. Doch ist dies keineswegs unbestritten. — Der Erbe des besitzenden Nießbrauchers wird durch dessen Tod zum Besitzdiener (ein sehr streitiger Fall, vgl. Biermann, Anm. 1 zu § 857). Wo der Besitz von einem abgetretenen Herausgabeanspruch abhängt (§ 870), ist er nur mit diesem zugleich vererblich, Literatur s. b. Biermann, Anm. 3 zu § 857.

[4]) Dies hat man auch nach früherem Rechte ohne Vererblichkeit des Besitzes zuweilen angenommen, zumal wir ein besonderes crimen expilatae hereditatis nicht haben. Anders die von Biermann Anm. 7 zu § 857 angeführten Vertreter des Strafrechts. Kober, Bem. 2d S. 12 nimmt hier einen Einfluß des B.G.B. auf den Inhalt des Strafrechts an, wogegen sich Biermann erklärt, der in der Wegnahme von Sachen aus dem Nachlasse nach bisherigem wie gegenwärtigem Rechte Unterschlagung sieht (Anm. 7 zu § 857, s. oben S. 10 Anm. 1). Richtig ist dies m. E. nur dann, wenn die Sache von einem unbeauftragten Geschäftsführer weggenommen und dann in eigennütziger Weise verwandt worden ist.

Eine weitere Konsequenz ist die, daß der Erbe, indem er den Besitz des Verstorbenen überkommt, den Besitz derjenigen Art enthält, von welcher der Besitz des verstorbenen Erblassers war. Wenn der Erblasser nur Fremdbesitz hatte als Entleiher, Mieter u. dgl., dann bekommt auch der Erbe, selbst wenn er sich für den Eigentümer hält, doch nicht Eigenbesitz. Hat der Verstorbene z. B. in seiner Bibliothek ein paar Bücher stehen, die der Erbe für Eigentum des Verstorbenen hält, so kann der Erbe doch keinen Eigenbesitz haben.[1]) Erst durch die Betätigung eines andern Willens könnte er diesen Besitz zu einem Eigenbesitz machen.

Weiter ist auch Singularsuccession in den Besitz unter Lebenden anerkannt, und diese liegt in der Übertragung des mittelbaren Besitzes durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nach § 870.[2]) Wir haben also nicht bloß originären, sondern auch derivativen Besitzerwerb ipsa lege anerkannt. Die praktische Konsequenz ist: Wenn ein Vermieter ein Haus verkauft und den Herausgabeanspruch, den er an den Mieter hat, dem Käufer abtritt, dann hat der Käufer ohne weiteres die possessorische Klage, weil sie der Vermieter hatte. Weil dieser Besitz, wenn auch nur mittelbaren hatte, so bekommt ihn eben auch dessen Successor. Besonders wichtig ist, daß auch ein Besitzfehler in gewissen Grenzen auf den Nachfolger in den Besitz mit übergeht. Nämlich fehlerhaft ist nach § 858 Abs. 2 der durch verbotene Eigenmacht erlangte Besitz und dieser genießt gerade wie nach preußischem und römischem Recht nur relativen Schutz, wie das im § 862 näher normiert ist. Solche Fehler, die dem Besitz ankleben, muß auch der Erbe des Besitzers allemal gegen sich gelten lassen, weil er ja den Besitz des Erblassers bekommt.[3]) Aber auch der Einzelnachfolger, der Singularsuccessor, muß solche Fehler gegen sich gelten lassen, wenn er den Besitz seines Vorgängers als fehlerhaft kannte (§ 858 Abs. 2). Z. B. muß der Hehler, der vom Dieb die gestohlene Sache übernimmt, den Fehler, der dem Besitz seines Besitzvorgängers anhaftet, auch seinerseits gegen sich gelten lassen. Das geht über das reine römische Recht hinaus und findet im gemeinen

[1]) Ähnlich Biermann, Anm. 1 zu § 857.

[2]) Nicht auch in der Übergabe der Sache unter Umständen, wo das Recht des Empfängers von dem des Übergebenden abhängen soll, z. B. vom Mieter an den Aftermieter? Der Text übergeht diese Frage, die m. E. zu bejahen ist.

[3]) Auch im römischen Recht galt trotz der Unvererblichkeit des Besitzes die Regel: heres in vitium defuncti succedit.

Recht nur ein Analogon bei der Spolienklage, wo der Nachfolger Besitz übernommen hat und dann den Fehler auch gegen sich gelten lassen muß.

Hierbei kann man eine Frage aufwerfen, über die schon jetzt gestritten wird: Wenn jemand von einem Hehler eine Sache wissentlich erwirbt, ist dann auch sein Besitz fehlerhaft? Darauf antwortet merkwürdigerweise ein Praktiker, der Amtsrichter Bunsen in Rostock, mit: nein![1]) Denn der § 858 Abs. 2 besage ja, der Nachfolger im Besitz muß die Fehlerhaftigkeit des Besitzes *seines* Vorgängers gegen sich gelten lassen, wenn er diese beim Erwerbe kennt. Also nur seines Vorgängers. Der Besitz des Käufers, der vom Hehler erwirbt, solle dagegen nicht fehlerhaft sein. Das erklären fast alle Kritiker für unrichtig; denn wenn der Hehler den Fehler im Besitz des Diebes gegen sich gelten lassen muß, so besitzt auch er fehlerhaft, dann muß aber auch sein Abkäufer, der dies weiß, wiederum den Fehler gegen sich gelten lassen.[2])

§ 4.

4. Besitzschutz im allgemeinen.

Der Besitz genießt als solcher Schutz nur gegen verbotene Eigenmacht (§ 858), genauer gesprochen nur gegen denjenigen, der ohne den Willen des Besitzers[3]) ihm den Besitz entzieht oder ihn im Besitze stört. Das sind die beiden möglichen Formen verbotener Eigenmacht.[4])

Diesen Schutz genießt nach § 855 auch derjenige, der nur einen Teil einer Sache besitzt,[5]) insbesondere einen abgesonderten Wohnraum u. dgl. m. Während also sonst Sonderrechte an unabgetrennten Sachen

[1]) Einführung in das B.G.B., Rostock 1897, II. S. 20.

[2]) Ecks Ansicht ist die herrschende, vgl. die Literatur bei Biermann, Anm. 2 zu § 858.

[3]) Ein vertragswidriges Verbot, das zum Schadensersatz verpflichtet, muß danach beachtet werden. So richtig Biermann, Anm. 1 zu § 858 und die dort Angeführten.

[4]) Zu dem fehlerhaften Besitze gehört nicht mehr die Lage des Precaristen, mit dem der Eigentümer nach römischem Rechte kurzen Prozeß machen konnte. Eine derartige unwürdige Abhängigkeit entspricht den neuen Anschauungen nicht mehr.

[5]) d. h. keinen ideellen Teil. Der übliche Name „Teilbesitz" (vgl. Fischers Handausgabe zu § 865) ist hiernach zu eng. Besser „Sachteilbesitz". Auch eine Fläche ist ein Sachteil oder Bestandteil, weil man sie nicht besitzen kann, ohne die darunter liegende Substanz ebenfalls zu beeinflussen. A. M. Fischer a. a. O. Anm. 1.

unmöglich sind, ist der Besitz an solchen abgesonderten Räumen hier anerkannt und unter Schutz gestellt.[1])

Nach den angegebenen Regeln genügt zum Besitzschutz schon rein objektive Verletzung, ohne daß böser Vorsatz des Eigenmächtigen oder Fahrlässigkeit desselben erfordert wäre, objektive Verletzung, licet in optima fide. Hierher gehören somit alle die Fälle, wo Besitzhandlungen aus entschuldbarem Irrtum vorgenommen werden. Z. B. der Erwerber eines Landguts nimmt aus Versehen etwas zu viel Land in Besitz, auch ein Stück vom Gut des Nachbarn. Dann kann dieser Besitzschutz für sich in Anspruch nehmen. Oder wenn jemand Baumaterialien, die er gekauft hatte, vom Platze abfahren läßt und zwar mehr als er gekauft hatte, so mag das aus entschuldbarem Irrtum geschehen sein, es ist doch eine verbotene Eigenmacht, weil ohne den Willen des Besitzers diesem der Besitz entzogen worden ist. Weiter ist auch Besitzstörung ohne Vorsatz oder Fahrlässigkeit möglich, wenn jemand etwa nur Naturkräfte entfesselt hat, „die sodann einen fremden Besitz beeinträchtigen".[2]) Treibt jemand Tiere auf die Weide, paßt aber nicht auf, und laufen die Tiere über die Grenze auf des Nachbars Grundstück, so ist dieser im Besitz gestört und kann klagen.[3]) Wenn ferner jemand Bäume pflanzt, die zunächst ganz in seinem Luftbereich bleiben, aber allmählich wachsend über die Grenze in den Luftraum des Nachbarn hinausreichen und diesen beeinträchtigen, so ist die Besitzklage gegeben. Hier ist auch an einen bekannten Fall zu erinnern, der das preußische Obertribunal beschäftigt hat. Jemand hatte eine Masse Sand an der Grenze des Nachbargrundstücks aufgehäuft; sobald nun der Wind darüber hinwehte, wurden Sandkörner auf die Blumen

---

[1]) Wichtig ist dies unter anderen namentlich für Schlafstellenbesitzer, Mieter eines Schubfaches oder Wagenplatzes u. dgl. Biermann zu § 865 nimmt hiernach einen Schutz an einem Ladenschild oder Schaukasten an, die an einer fremden Mauer hängen. Wenn sie dem Besitzer nicht frei zugänglich sind, so kann hier wohl nur ein mittelbarer Besitz vorliegen. Die zweite Lesung (Prot. III. S. 33) strich die entgegengesetzte Bestimmung (Entw. I § 798) als „doktrinär und überflüssig". Sie widersprach in der Tat dem Entw. I § 876 (Motive III S. 114). Auffällig ist jedenfalls, daß die ungültige tatsächliche Einräumung eines Rechts an dem wesentlichen Bestandteil einer fremden Sache einen Besitzschutz genießt, aber des Rechtsschutzes entbehrt (§ 93). Dem § 93 wird dadurch beinahe die Spitze abgebrochen.

[2]) Diese Worte sind eingeschoben.

[3]) Ebenso bei Störungen durch handlungsunfähige Menschen. Vgl. Biermann, Anm. 1 zu § 858.

des Nachbars hinübergetrieben. Liegt hier Besitzstörung vor? Auch dies ist anzunehmen, da in der Nichtbeachtung der entfesselten Naturkräfte oder darin, daß die „durch eigene Tätigkeit geschaffene“ [1]) Gelegenheit zur Betätigung von Naturkräften nicht überwacht „oder gehemmt“ [2]) wurde, eine Besitzstörung zu finden ist.

Jedoch umfaßt der Besitzschutz niemals Schadensersatz. Dieser liegt jenseits seiner Grenze und ist nur mit einer Deliktsklage zu verfolgen (§ 823).[3]) Also trennt sich darin die Besitzklage des B.G.B. sehr erheblich von der römischen Besitzklage, namentlich vom interdictum unde vi, das durchaus als Deliktsklage und darum auch in der Richtung auf Schadensersatz ausgebildet war.

Wenn hiernach die objektive Besitzverletzung genügt, um den Besitzschutz dagegen wachzurufen, so schließt andererseits § 858 die Annahme verbotener Eigenmacht und damit den Besitzschutz wieder aus, sofern das Gesetz die Entziehung oder Störung gestattet. Das ist der Fall bei der Notwehr, z. B. wenn jemand, der mit einer Waffe bedroht wird, dieselbe dem Drohenden entreißt. Ferner bei den Handlungen der Obrigkeit innerhalb ihrer Befugnisse, z. B. wenn der Gerichtsvollzieher pfändet oder exmittiert.[4]) In allen diesen Fällen ist der Besitzschutz ausgeschlossen.

Endlich ist im Verhältnis von Mitbesitzern zu einander nach § 866 der Besitzschutz versagt, soweit es sich nur um die Grenzen des den Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt. Hier meint eben der Gesetzgeber, daß die tatsächliche Ausübung des Gebrauchs keine genügende Basis zur richterlichen Entscheidung liefert. Anders ausgedrückt: eine Überschreitung der Grenzen des Gebrauchs oder die Behinderung eines anderen Mitbesitzers innerhalb der Grenzen seines Gebrauchs gilt nicht als verbotene Eigenmacht und schließt also die possessorische Klage unter den Mitbesitzern aus.[5])

[1]) Diese Worte sind eingeschoben.

[2]) Eingeschobene Worte.

[3]) Es ist hier eine Verbindung der beiden Ansprüche nach Maßgabe der dafür geltenden Prozeßrechtsregeln zulässig.

[4]) Näheres hierüber bei Biermann, Anm. 1 zu § 858.

[5]) Offenbar soll es bei solchen inneren Auseinandersetzungen keinem der Beteiligten verwehrt sein, sein gutes Recht hervorzukehren, was bekanntlich gegenüber den Besitzklagen unzulässig ist, vgl. Prot. 3 S. 42. Kipp (Windscheid-Kipp, Pandekten I S. 696) bemerkt: „Die Mitbesitzer haben gegen einander Besitzschutz gegen Entziehung, aber nicht gegen Störung“. Das Nähere ist streitig, vgl. Biermann,

Es bleiben nun die Formen des Besitzschutzes zu betrachten. Deren enthält das B.G.B. vier.

1. Selbsthilfe oder wie andere sagen: Selbstschutz. Besitzselbsthilfe sagt man wohl auch, um sie von der allgemeinen Selbsthilfe zu unterscheiden.

2. Es kann wegen Entziehung des Besitzes Anspruch auf Wiedereinräumung erhoben werden. Das ist natürlich das römische interdictum recuperandae possessionis.[1])

3. Wegen Störung kann Anspruch auf Beseitigung der Störung erhoben werden. Das ist das interdictum uti possidetis oder das interdictum retinendae possessionis.

4. Neu hinzugefügt ist der folgende Anspruch: Wenn eine Sache auf das Grundstück eines andern gelangt, so kann ein Anspruch darauf erhoben werden, daß die Aufsuchung und Wegschaffung der hinübergelangten Sache gestattet werde.[2])

Diese vier Formen des Besitzschutzes sind nun einzeln zu betrachten.

§ 5.

Besitzselbsthilfe oder Selbstschutz des Besitzes.

Die beiden §§ 859 und 860, von denen namentlich der erste von großer Tragweite ist, gestatten die Anwendung von Gewalt gegen verbotene Eigenmacht. Diese Gewaltübung ist dem Besitzer in weitem Umfange gewährt.[3]) Also namentlich nicht bloß mit der vorsichtigen Maßgabe des preußischen Rechtes, das besagt, (I, 7, § 145): „Doch darf auch ein solcher Besitzer einer unerlaubten Privatgewalt, wodurch die öffentliche Ruhe und Sicherheit gestört oder der Inhaber in seinen

Anm. 2 zu § 866, der dagegen an den Fall erinnert, daß einem Miteigentümer, der den Alleinbesitz eines Teiles der Sache dem andern für einen Zeitraum überlassen hat, möglicher Weise dieser Alleinbesitz hinterher vorenthalten werden kann. Aber auch hier „entzieht" der rechtswidrig handelnde Teilbesitzer dem Miteigentümer durch das bloße Vorenthalten den Besitz auf keinen Fall, also kann bei ihm eine Besitzklage schlechterdings auch nach Kipps Ansicht nicht in Frage kommen.

[1]) Bezw. die actio spolii.

[2]) Der sog. „Abholungsanspruch" (Fischer, Handausgabe zu § 861). Das Nähere s. unten.

[3]) Natürlich auch seinen Knechten und sonstigen Gehilfen, Biermann, Anm. 3a zu § 859.

anderweitigen Gerechtsamen beeinträchtigt wird, sich nicht bedienen." Und weiter I, 7, § 142: Der Inhaber und Besitzer „ist berechtigt, Gewalt mit Gewalt abzuwehren, wenn die Hilfe des Staates zu spät kommen würde, um einen unersetzlichen Verlust abzuwenden".

Diese Voraussetzungen sind im B.G.B. nicht wiederholt, sondern es heißt schlankweg, daß der Besitzer sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren dürfe, und zwar ist nicht bloß Gewalt gegen Sachen hier zugelassen, sondern, da von Gewalt schlechthin gesprochen ist, auch Gewalt gegen Personen.

§ 859 unterscheidet zweierlei Richtungen der Besitzselbsthilfe.

1. Nach § 859 Abs. 1 ist sie gestattet zur Abwehr einer verbotenen Eigenmacht, also nicht bloß als Notwehr gegen einen rechtswidrigen Angriff, sondern auch z. B. dann, wenn der Eigenmächtige sich in gutem Glauben für den Besitzer hält und als solcher Besitzakte vornimmt. Wenn die Holzknechte eines Gutsherrn „in gutem Glauben unter Verkennung der Gutsgrenzen" [1]) in dem Walde, den ein anderer besitzt, Holz schlagen, so kann dieser andere sie mit Gewalt aus dem Holze verjagen, nötigenfalls mit Waffen, ja er kann sie mit Hunden hinaustreiben, soweit es eben nur Abwehr bleibt.[2])

2. Weiter geht diese Besitzselbsthilfe zuweilen auf Wiedererlangung, vgl. die Abs. 2 und 3 des § 859 mit ihrer Unterscheidung von beweglichen Sachen und Grundstücken.

a) Zur Wiedererlangung einer beweglichen Sache, die dem Besitzer entzogen ist, darf dieser sie dem auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Täter mit Gewalt wieder abnehmen.[3]) Das ist die römische dejectio in continenti, ohne alle Beschränkung in der Art der Gewaltübung. Nicht bloß dem davonlaufenden Taschendiebe, der mir mein Portemonnaie eben entwendet hat, darf ich „nacheilen", wie die alten Deutschen sagten, und ihm mein Portemonnaie wieder entreißen,

[1]) Eingeschobene Worte.

[2]) Diese Vorschriften entsprechen m. E. nicht der deutschen Sitte. Dadurch wird freilich ihre Anwendung vor Gericht nicht ausgeschlossen.

[3]) Mit Cosack (Bd. 3 § 193, V, 3. Aufl. S. 97) läßt Biermann, Anm. 2 zu § 859, auch bei bloßer Besitzstörung eine ähnliche Wiedervergeltung zu, z. B. Zurückwerfen des über die Grenze geschleuderten Unrats. In dieser Ansicht ist eine erlaubte Analogie zu sehen. Cosack bemerkt weiterhin: „Der Zweifelspunkt ist namentlich, daß eine Fristbestimmung für diese Art der Selbsthilfe fehlt." Auch hier gilt wohl das „sofort" des Wiedererwerbungsrechtes.

sondern auch dem gutgläubigen Okkupanten, und zwar nicht nur demjenigen, der noch in meiner Nähe und auf der Straße ist, sondern auch dem, der bereits in seine Behausung gelangt ist.[1]) Die Gesetzgebungskommission hat es nämlich ausdrücklich ausgesprochen, daß durch die Fassung des § 859 Abs. 2 geradezu auch ein Nacheilen in das fremde Haus anerkannt sein sollte, um nach den eigenmächtigen Okkupanten zu fahnden, wie es bei der Verhaftung zulässig sei. Das geht schon sehr weit. Die Fassung ist dem § 127 der Str.P.O. nachgebildet, wo es heißt: „Wird jemand auf frischer Tat betroffen oder verfolgt, so ist, wenn er der Flucht verdächtig ist oder seine Persönlichkeit nicht sofort festgestellt werden kann, jedermann befugt, ihn auch ohne richterlichen Befehl vorläufig festzunehmen."

Mir ist folgendes begegnet: Ein Freund, der ein höheres Kirchenamt bekleidet, war bei mir zu Besuch. Er hatte seinen Pelz auf dem Korridor abgelegt; daneben hing mein Pelz. Als er sich entfernt hatte, war mein Pelz verschwunden und an dessen Stelle hing ein anderer. Mein Freund wollte noch denselben Abend abreisen. In dem Hotel, wo er logierte, erfuhr ich, daß er sich zur Ruhe begeben und unter keinen Umständen gestört werden wollte. Vom Standpunkte des B.G.B. wäre ich berechtigt gewesen, die Sache mit Gewalt dem auf frischer Tat verfolgten Täter wieder abzunehmen, ich hätte auch die Türe einschlagen können. Das wäre nicht rechtswidrig gewesen.[2])

b) Dementsprechend kann nach § 859 Abs. 3 bei Entziehung von Grundstückbesitz durch verbotene Eigenmacht der Besitzer *sofort nach der Entziehung*[3]) den Täter wieder entsetzen. Die Worte gehen also zwar nicht soweit wie die römische Bestimmung, derzufolge auch nach längerer Zeit die Hinaustreibung erfolgen kann, sobald sie sofort nach erlangter Kenntnis geschieht.[4]) Das mochte bei den römischen

[1]) Näheres vgl. bei Strohal, Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 53 ff.

[2]) Aber sicherlich unanständig, s. S. 642 Anm. 2. Die deutsche Sitte wird die allzu große Nachsicht, die das B.G.B. den Kampfgelüsten der Besitzer schenkt, hoffentlich einigermaßen ausgleichen.

[3]) Allzu wörtlich darf man die Vorschrift des B.G.B. nicht nehmen, sonst wären die von ihrem Grundstücke abwesenden Gutsbesitzer übel daran. Das „sofort" heißt wohl auch hier nur so bald wie möglich. Näheres bei Biermann, Anm. 3b zu § 859 und den dort Angeführten.

[4]) Jedenfalls braucht nach B.G.B. der Hinausgetriebene, wenn er wegen Besitzentziehung klagen will, nicht erst zu versuchen, ob der Eindringling gutwillig auf seine Aufforderung weichen werde, was das römische Recht m. E. verlangte.

Latifundien notwendig sein, wo der Gutsherr nicht so schnell, wie bei uns, Kenntnis von der Besitzentziehung erhielt; aber auch das B.G.B. geht noch immer recht weit. Darnach braucht nicht gerade ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Entziehung und der Rücknahme stattzufinden, sondern nur sofort nach der Entziehung muß die Wiederentsetzung stattfinden. Anders ausgedrückt, wenn der Besitz des Dejizienten am Grundstück noch kein fester geworden ist, so kann sich der vertriebene Besitzer desselben wieder bemächtigen.

Brunner teilt folgenden Fall aus der Praxis mit:

In einer kleinen Stadt verkauft eine Handwerkerswitwe ihr Haus an einen Bäcker, verzögert aber unter allerlei Vorwänden die Übergabe. Der Bäcker wird ungeduldig, und eines Tages, als die Handwerkerwitwe einen Ausflug mit ihren Gesellen macht, zieht der Bäckermeister in das Haus mit Sack und Pack ein, richtet sich darin ein und fängt an, die Sachen der Witwe auf die Straße zu setzen.

Jetzt hört die Witwe davon, ruft ihre Gesellen zusammen und stürmt das Haus. Der Bäckermeister setzt sich von innen zur Wehr und es entwickelt sich eine ungeheure Schlägerei, die die Polizei nur mit Mühe unterdrückt. Den Parteien wird der Bescheid gegeben, zusammen in dem Hause zu bleiben, was die Sache nur noch verschlimmert haben würde. Die Frage, ob gegen die Witwe wegen Landfriedensbruches eingeschritten werden könne, weil sie mit zusammengerotteten Leuten ihr Haus gestürmt hat, ist vom Standpunkte des B.G.B. wohl zu verneinen. Sie hat nichts weiter getan, als sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsitzung des Täters wieder zu bemächtigen gesucht.

Das Resultat läßt sich dahin formulieren: Nötigung und Sachbeschädigung, ja Hausfriedensbruch und schließlich auch Landfriedensbruch hören auf strafbar zu sein und werden rechtmäßig, „sobald das B.G.B. ein Verhalten gestattet, das ohne diese Erlaubnis unter das Strafgesetzbuch fallen würde".[1]) Jedenfalls würde in solchen Fällen gegen eine Klage aus diesen Delikten der Einwand der Besitzselbsthilfe erhoben werden können.[2])

Selbsthilfe steht dem Besitzer auch gegenüber dem Nachfolger zu, welcher die Fehler im Besitz seines Vorgängers gegen sich gelten lassen

[1]) Eingeschoben.

[2]) Eck scheint also hier doch einer Trennung der strafrechtlichen Frage von der privatrechtlichen nicht unbedingt zu widerstreben, vgl. oben S. 622 Anm. 1.

muß (§ 859 Abs. 4). Das ist eine erheblich weitere Ausdehnung des Selbsthilferechts als wir es im preußischen Recht haben. Im gemeinen Recht sind freilich solche Schranken nicht gezogen, aber es besteht ein lebhafter Streit, inwieweit die Anwendung von Gewalt zur Wiedererlangung des Besitzes zulässig sei.[1])

Zum Schluß bleiben besondere Bestimmungen über zwei Punkte hinzuzufügen:

1. Nach § 860 ist auch der Besitzdiener zur Ausübung des dem Besitzherrn zustehenden Selbsthilferechts befugt. Aber nach der Fassung des Paragraphen hat er kein eigenes Selbsthilferecht, er hat nur ein fremdes Recht auszuüben.[2]) Die praktische Pointe daraus, die auch unentbehrlich ist, ist die, daß allerdings der Besitzdiener kein Selbsthilferecht gegen den Besitzherrn hat, wohl aber dieser ein Selbsthilferecht gegen den Besitzdiener.

Wenn z. B. ein Diener den Pelz des Herrn, den er gereinigt hat, nicht herausgeben wollte, so dürfte sich der Diener nicht auf Selbsthilfe berufen und einen etwaigen Angriff des Herrn zurückschlagen, „falls dieser ihm den Pelz wegnehmen wollte".[3])

2. Zu den schwierigsten Fragen gehört die folgende: Wenn mittelbarer und unmittelbarer Besitz nebeneinander bestehen, dann ist soviel ganz unzweifelhaft, daß der unmittelbare Besitzer, z. B. der Mieter, das Selbsthilferecht gegen jeden hat, auch gegen den mittelbaren Besitzer, also den Vermieter; denn der Mieter ist der Hauptbesitzer, und der Vermieter, wie oben erwähnt, nur „Auchbesitzer". Der

---

[1]) Diesen Erweiterungen der Selbsthilfe bei dem Besitz gegenüber den gewöhnlichen Selbsthilfefällen stellt man als Einschränkung gegenüber, daß bei ihm § 231 nicht anwendbar sei. So z. B. Biermann, Anm. 2 a. E. und 3c zu § 859. Die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung dieser Vorschrift möchte ich jedoch nicht von der Hand weisen, da die Besitzselbsthilfe immerhin doch auch eine Selbsthilfe sein soll.

[2]) Gegen eine abweichende Auffassung von Isay, Geschäftsführung S. 292 vgl. Biermann zu § 860. Daß Biermann gegen Dritte dem Besitzdiener die allgemeine Selbsthilfe (§§ 227 ff.) zusprechen will, scheint mir nicht folgerichtig zu sein. Wenn das Gesetz erst einmal das Verhältnis des Besitzdieners zur Sache nicht als ein solches auffaßt, dessen Antastung ein Selbsthilferecht im eigenen Namen geben solle, so kann ein Angriff gegen diese Sache nicht als Angriff gegen den Besitzdiener gelten und es muß jede Selbsthilfe, die der Besitzdiener im eigenen Namen ausübt, für dieses Verhältnis unzulässig sein.

[3]) Eingeschoben.

Mieter kann also das Eindringen des Wirts in die Mietswohnung gewaltsam hindern.[1]) Weiter: ein Depositar kann das eigenmächtige Zurücknehmen des Depositums durch den Deponenten hindern, denn der Depositar ist der unmittelbare Besitzer.[2]) Dagegen ist es sehr zweifelhaft, ob dem mittelbaren Besitzer ein Recht zur Selbsthilfe zusteht, sei es gegen dritte Personen, sei es gegen den unmittelbaren Besitzer. Diese Frage, die natürlich mit der vorher berührten nach der Natur des mittelbaren Besitzes eng zusammenhängt, ist bereits ungemein bestritten. Die ganze Schwierigkeit entspringt nämlich daraus, daß § 869 sich nicht sehr klar ausdrückt. Er bestimmt: „Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§ 861 und 862 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu." Diese Ansprüche sind die Besitzklagen, aber nicht die Selbsthilfe. Also ist dem mittelbaren Besitzer nicht ausdrücklich das Selbsthilferecht aus § 859 gegeben. Kann man nun darum sagen, daß dieses Selbsthilferecht ihm eben damit stillschweigend abgesprochen sei, weil es nicht unter den ihm beigelegten Rechten figuriert? Dies war in der Tat, wie die Protokolle ergeben, die Absicht der Kommission. Indem sie im § 869 die Besitzansprüche dem mittelbaren Besitzer beilegte, wollte sie ihm die Besitzselbsthilfe abschneiden.[3])

Die meisten Theoretiker halten dies auch für bindend, z. B. Biermann[4]) ganz unzweifelhaft, Dernburg[5]) findet es zwar bedenklich, aber meint doch, daß wir an diese Auffassung gebunden seien.

Man kann sich aber nicht verhehlen, daß wirklich sehr bedenkliche Konsequenzen daraus entspringen. Dann kann der Vermieter, der erfährt, daß der Mieter durch die Wände in der Mietswohnung Türen bricht, nicht „nach den Regeln der Besitzselbsthilfe"[6]) einschreiten. Noch mehr! Er kann den Mieter nach Ablauf der Mietszeit nicht einmal zum Auszug nötigen, auch nicht indirekt, wie in den bekannten Fällen, die das Reichsgericht abgeurteilt hat, durch Aushängen der Türen und

---

[1]) Auch soweit das dem Mietsvertrage widerspricht? M. E. nein. Der Vertrag gibt dem Besitzrechte seine Grenzen.

[2]) M. E. auch nur nach Maßgabe des Vertrages.

[3]) Prot. Bd. III S. 40 ff., ebenso Motive III S. 114.

[4]) Biermann, Anm. 1 zu § 859 und Anm. 2 zu § 869, woselbst eine Übersicht über die Vertreter der beiden widerstreitenden Ansichten gegeben ist.

[5]) Dernburg, Bürg. R. Bd. 3 2. Aufl. S. 73 § 23 Nr. 6.

[6]) Eingeschoben.

Fenster, so daß der Mieter, wenn er in der Wohnung bliebe, bei offenen Türen und Fenstern würde schlafen müssen. Der Deponent einer Kiste, der entdeckt, daß der Depositar sie erbrochen hat, um die darin enthaltenen Weine auszutrinken, könnte ihm die Kiste nicht wegnehmen, denn der Depositar ist bloß mittelbarer Besitzer und der Deponent unmittelbarer. Der mittelbare Besitzer hat nach dieser Ansicht nicht einmal gegen dritte Personen ein Selbsthilferecht. Z. B. darf hiernach ein Pferdevermieter, dessen Pferd dem Entleiher von irgend einem Strolch entwendet worden ist, wenn er den Entwender mit dem Pferde etwa im Grunewald antrifft, es ihm nicht wegnehmen, denn der Pferdeverleiher ist nur mittelbarer Besitzer, nur der Entleiher ist unmittelbarer.[1]) Der Vermieter einer Villa, der in Abwesenheit des Mieters wahrnimmt, daß sich eine Zigeunerbande in der Villa einquartiert hat, kann sie nicht hinauswerfen, denn er ist als mittelbarer Besitzer ohne Selbsthilferecht.[2]) Randa zieht in der Tat diese Konsequenzen und schüttet darum die Schale seines Zornes über das B.G.B. aus, indem er sagt, daß dadurch das natürliche Verhältnis ganz verzerrt werde, weil die Hauptperson, der Vermieter, in eine Nebenrolle gedrängt sei, und die Nebenperson, der Mieter, zur Hauptperson gemacht werde. Dernburg, der sich diese Konsequenzen auch nicht verhehlt, will damit trösten, daß gegen dritte Personen für den mittelbaren Besitzer die allgemeinen Regeln über Selbsthilfe nach § 229 genügen. Was die Stellung des mittelbaren Besitzers gegenüber dem unmittelbaren selber beträfe, so möge der mittelbare sich eben im Vertrage vorsehen. Der Vermieter wird daher künftig klug tun, im Mietskontrakt sich immer Mitbesitz vorzubehalten, nicht bloß das Recht, die Wohnung zu betreten.[3]) Das letztere würde ihm bloß eine Forderung geben, die er einklagen müßte. Wenn er Mitbesitz hat, ist er zur Genüge gedeckt. Die allgemeinen Voraussetzungen zur Selbsthilfe sind sehr eng begrenzt und es ist für den mittelbaren Be-

[1]) Hier würde wohl § 229 helfen, s. unten.

[2]) In allen solchen Fällen würde eine Vertretung abwesender Besitzer durch unbeauftragte Geschäftsführer helfen. Gerade hier ist es von großer Bedeutung, ob sie die Rolle eines Besitzervermittlers für den Abwesenden an sich reißen können, vgl. oben S. 15 Anm. 4.

[3]) Eine solche Art des Mitbesitzes kennt m. E. das B.G.B. nicht. Der „Mitbesitzer" soll ja hier nicht in der Sache wohnen dürfen. Mit Recht verwirft Eck weiter unten dies Auskunftsmittel. Vgl. auch Fischer, Handausgabe § 868 Anm. 3: „Doppelbesitz, nicht Mitbesitz."

sitzer sehr hart, wenn er auf die beschränkt sein soll. Jener von Dernburg empfohlene Vorbehalt des Mitbesitzes für den Vermieter wird praktisch schwer durchzusetzen sein. Ich glaube, die meisten Mieter würden sich sehr bedanken, einen Kontrakt zu unterschreiben, auf Grund dessen der Vermieter in der Wohnung des Mieters jederzeit Platz nehmen und darin hausen könnte.

Darum ist es doch richtiger, Besitzselbsthilfe auch für den mittelbaren Besitzer zuzulassen. Namentlich hat Gierke das vertreten. Es fragt sich: Hat der mittelbare Besitzer nach dem B.G.B. Besitz? Wenn dies der Fall ist, hat er auch Besitzselbsthilfe, weil diese dem Besitze schlechtweg im § 859 zugesprochen ist. Umgekehrt, verneinen können wir die Besitzselbsthilfe nur, wenn wir ihm die Besitzerqualität bestreiten, wie Wendt es allerdings tut.[1]) Natürlich kann man mit dem argumentum a contrario in abstracto operieren und sagen: wenn § 869 dem mittelbaren Besitzer bloß eine Besitzklage zuspricht, so wird ihm die Selbsthilfe damit abgeschnitten. Aber abgesehen von der Zweifelhaftigkeit solcher argumenta a contrario,[2]) steht im § 869 nur geschrieben: „Wird gegen den Besitzer verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§ 861, 862 bestimmten Ansprüche (d. i. die Besitzklage) auch dem mittelbaren Besitzer zu." Das kann heißen: Wenn gegen den unmittelbaren Besitzer verbotene Eigenmacht verübt wird, so kann der mittelbare klagen. Ob er auch Selbsthilferecht hat, ist in diesem Paragraphen nicht entschieden, und kann auch nicht anders entschieden werden als nach dem allgemeinen Gesichtspunkte, daß auch der mittelbare Besitzer Besitzer ist.

---

[1]) In dieser Weise ist m. E. die Gesetzgebung nicht von den Terminologien abhängig, deren Bedeutung sie selbst bestimmen kann, wie es ihr beliebt. Will sie eine Sachlage, die des Selbsthilfeschutzes entbehren soll, trotzdem „Besitz" nennen, so ist dies ihre Sache und niemand darf ihr das Wort so deuten, wie sie es nicht gedeutet haben will.

[2]) Bei Ausnahmeregeln sind solche argumenta zulässig, vgl. des Herausgebers allg. Teil S. 53. Die Zulassung des Doppelbesitzes in § 868 tritt aber im Gesetzbuch wie eine Ausnahmevorschrift auf. — Besitz und Besitzschutz sind überhaupt nicht identisch, ersterer ist ohne den zweiten möglich. So z. B. wenn ausländische Korporationen, deren Rechtsfähigkeit in Deutschland nicht anerkannt ist (E.G. Art. 10), etwas besitzen, oder eine Sache besessen wird, die nach den Landesgesetzen res extra commercium ist. Die scharfe Unterscheidung des Tatbestandes und der Rechtsfolgen des Besitzes verdanken wir namentlich Bekker, Das Recht des Besitzes, 1880.

Praktisch kann man natürlich das Bedenken erheben, daß dabei sehr leicht Selbsthilfe gegen Selbsthilfe zu stehen kommen kann, indem dem Mieter als unmittelbaren und dem Hauswirte als mittelbaren Besitzer Selbsthilferecht zusteht. Allein jeder hat die Selbsthilfe nur in den Grenzen seines Besitzes und nur gegen den, welcher die Grenzen des eigenen Besitzes überschreitet. Wer diese Grenzen überschreitet, wird sich strafbar machen und dadurch in seinen Grenzen zurückgehalten werden. Das B.G.B. ist doch sonst so freigebig in der Gewährung der Selbsthilfe, warum sollte es hier auf einmal so schüchtern sein?[1]) Daher glaube ich, wird man auch dem mittelbaren Besitzer Selbsthilfe in seinen Grenzen zugestehen müssen.[2])

---

[1]) Gründe lassen sich schon finden. Wer seine Sachen weggibt, ist immer bis zu einem gewissen Grade unvorsichtig. Also verliert er das Anrecht auf die Besitzselbsthilfe. (Ein Seitenstück des „Hand muß Hand wahren".) Außerdem empfiehlt es sich nicht, die Ansprüche des Eigentümers gegen den vermittelnden Besitzer dem Faustrechte zur Erledigung zu überweisen. Endlich ist der mittelbare Besitzer in der Regel nicht so nahe an der Sache, um durch deren Antastung persönlich derart gereizt zu werden, daß ein Rückschlag durch Gewalt entschuldigt erscheint. Auch würde (Mot. III S. 114) seine Legitimation zur Selbsthilfe oft zweifelhaft sein.

[2]) Dieser Paragraph enthält noch folgenden Anhang: „Es ist mir für die Besitzer, welche im Gegensatz zu denen, welche pro suo besitzen, also im Sinne des B.G.B. Eigenbesitzer sind, und für die ein technischer Name in der Literatur noch nicht existiert, von einem Landgerichtsrat der Name „Fürbesitzer" vorgeschlagen worden. Grammatisch wäre das Wort gewiß einwandsfrei, ebenso gut wie man in der Schweiz Fürsprecher für Advokat sagt. Aber ich glaube, der Name drückt die Vorstellung nicht vollkommen aus, die das B.G.B. mit diesen Besitzern verbindet. Sie sollen nicht mehr wie bisher nach dem gemeinen Rechte alieno nomine possidere, sie sollen nicht mehr, wie Endemann sie nennt, Vertretungsbesitzer sein, sondern sie sollen proprio nomine nur mit geringerem Herrschaftswillen ihre Herrschaft ausüben. Daher hat Brunner sie mit dem Namen Leihbesitzer belegt, und Gierke nennt sie Lehnbesitzer. Das erinnert aber zu sehr an die Vasallen des früheren Rechtes. Leihbesitzer scheint mir korrekter zu sein, der Leihbesitzer entspricht dem Kommodat des römischen Rechtes. Freilich werden dann auch Verwahrer und Frachtführer Leihbesitzer. Aber einen besseren Ausdruck weiß auch ich nicht vorzuschlagen." Soweit Eck. M. E. läßt sich für den künstlich geformten und eigenartigen Begriff der „Besitzer in fremdem Namen auf Zeit und ohne Gehorsamspflicht" ein gebräuchliches Wort nicht finden, weil die Sache neu ist. Terminologische Neubildungen sind ebenso leicht, wie ihre Verbreitung schwer ist. Eine Übersicht über die verschiedenen Namen gibt Biermann, Anm. 1c zu § 868, der den Ausdruck „vermittelnder Besitzer" für den besten hält. In der Tat ist er der einzige Inhaber, der ebensowohl einen fremden Besitz vermittelt als auch selbst den Namen eines Besitzers im Gesetzbuche erhalten hat.

§ 6.

6. Ansprüche aus dem Besitz. (§§ 861—867.)

Bisher sagte man Besitzklagen, jetzt dagegen Ansprüche aus dem Besitz. Diese gelten nun wegen Entziehung und wegen Störung des Besitzes.

Zunächst hat im Falle der Entziehung des Besitzes der Besitzer[1]) Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes nach § 861 Abs. 1.[2]) Das ist natürlich das römische interdictum recuperandae possessionis.[3]) Diesen Anspruch hat auch der Besitzer ohne eigenes Interesse. Z. B. kann der Verwahrer beanspruchen, in seinen — sagen wir Leihbesitz — wieder eingesetzt zu werden und zwar hat er diesen Anspruch gegen denjenigen, der ihm gegenüber fehlerhaft besitzt. Also braucht, wie diese Worte bestätigen, die Entziehung nicht etwa durch Gewalt, vis, im engeren Sinne geschehen zu sein, sondern nur wider Willen des Besitzers. Nach diesen Worten haftet aber der Entzieher selber nur so lange, als er seinerseits noch im Besitze ist. Der Passivlegitimation unterliegt nur der, welcher dem Kläger gegenüber fehlerhaft besitzt.[4]) Anders war es bekanntlich bei dem gemeinrechtlichen interdictum recuperandae possessionis, insbesondere dem interdictum unde vi. Danach konnte der Dejizient, auch wenn er zu besitzen aufgehört hätte, immer noch belangt werden. Aber dieses gemeinrechtliche Interdikt war eine Deliktsklage, und darum ging sie auch auf Schadensersatz. Dagegen ist nach dem B.G.B. eben der Besitzanspruch kein Anspruch aus dem Delikt und geht auch nicht auf Schadensersatz, so wenig wie nach dem preuß. A.L.R. Darum ist auch die Beschränkung der Passivlegitimation auf den noch besitzenden Okkupanten statuiert.

Bedenken erweckt der Fall, daß der Dejizient nur noch mittelbar besitzt, wenn er also z. B. die in Besitz genommene Sache, das Grundstück etwa verpachtet, vermietet hat oder dergl. m. Hier wird die

---

[1]) Über die Rechte der Mitbesitzer vgl. Biermann Anm. 2a zu § 861 und die dort Erwähnten.

[2]) Vgl. zu dem folgenden: M. Gaertner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust. Breslau 1901.

[3]) Und die actio spolii.

[4]) Der Verlust des Besitzes nach der Rechtshängigkeit erweckt Zweifel, die mehrfache Erörterung gefunden haben. Literatur bei Biermann, Anm. 2b zu § 861.

Frage praktisch, ob dieser mittelbare Besitzer im Zweifel da, wo das Gesetz von Besitzern im allgemeinen redet, mit einbegriffen erscheint oder nicht. Nach den vorhergehenden Ausführungen ist er im Zweifel mit eingeschlossen. Die praktische Konsequenz ist, daß er auch mit der Klage aus der Entziehung des Besitzes muß belangt werden können. Auch praktisch scheint mir das richtiger. Sonst könnte ja der Dejizient, z. B. der Gutsbesitzer, der seinem Nachbarn eine Wiese oder ein Stück Acker weggenommen hat, dadurch, daß er ihn schleunigst einem Pächter übergibt, dem Eigentümer die Besitzklage entziehen, indem er sagt: Ich besitze nur noch mittelbar. Der Verletzte könnte die Klage nur noch gegen jenen Pächter richten. Vielmehr muß er, da er immer noch in einer körperlichen Beziehung zu der Sache steht, auch der Klage unterliegen.[1])

Eine Hauptfrage ist die: hat nach dem B.G.B. der Beklagte die exceptio vitiosae possessionis, also die Einrede, daß der Kläger selber fehlerhaft vor ihm Besitz erworben habe? Justinian hat bekanntlich diese Einrede abgeschnitten. Er hielt die Dejektion für so verwerflich, daß der belangte Dejizient dem Kläger nicht sollte entgegen halten dürfen: „Freilich habe ich Dich dejiziert, aber Du hast vorher mich dejiziert." Das B.G.B. läßt die Einrede nunmehr wieder zu,[2]) gerade so wie das klassische Recht;[3]) denn nach § 861 Abs. 2 ist der Besitzanspruch ausgeschlossen, wenn der dejizierte Kläger selber seinen Besitz dem Beklagten oder dessen Rechtsvorgänger gegenüber fehlerhaft erlangt hatte.[4])

---

[1]) Die Vollstreckung kann sich hier nur auf Abtretung des Anspruches richten, den der mittelbare Besitzer gegen die Mittelsperson hat. Fehlt ein solcher Anspruch, so nützt der Prozeß dem Kläger nicht viel. Für die Zulässigkeit des Anspruches gegen den mittelbaren Besitzer auch Biermann, Anm. 2c zu § 861. Streitig ist, ob er auch gegen den Besitzdiener geht, vgl. die bei Biermann, Anm. 2c und 4 zu § 861, Genannten. Es wiederholen sich hier die Zweifelsfragen, die bei dem Eigentumsanspruche eine Rolle spielen (s. unten).

[2]) Nach dem Gesetzestexte (Biermann, Anm. 5 zu § 861) ist es keine Einrede, sondern eine Einwendung. Anders Prot. III S. 43 und die bei Biermann genannten. Der Text ist m. E. entscheidend. Eck hat wohl ebensowenig wie die Protokolle a. a. O. diese Frage entscheiden wollen, sondern nur die übliche freie Redeweise angewendet, die, nach wie vor, Einwand und Einrede nicht strenge unterscheidet, vgl. oben Bd. 1 S. 226 Anm. 2.

[3]) Dagegen hat es die exceptio spolii beseitigt.

[4]) Verschiedene Kombinationen s. b. Biermann, Anm. 5 zu § 861.

Nur ist hinzugefügt, daß diese fehlerhafte Erlangung des Besitzes des Klägers vom Beklagten oder dessen Rechtsvorgänger im letzten Jahre vor der Wiederentziehung stattgefunden haben muß. Der Gedanke ist offenbar folgender: In diesem Falle war die Besitzentziehung, die der Beklagte dem Kläger gegenüber sich herausgenommen hat, eigentlich nur eine Wiederaufhebung einer ebensolchen Besitzentziehung, die ihm vorher vom Kläger zugefügt worden war, und darum soll der Beklagte die Klage zurückweisen können und braucht dem Kläger den Besitz nicht einzuräumen. „Anders wenn die Vergeltung der früheren Dejektion durch eine spätere erst nach Jahresfrist erfolgt." [1])

Wenden wir das auf ein praktisches Beispiel an. Wenn ein Gutsherr seinen Pächter vertreibt, weil dieser das Gut schlecht bewirtschaftet hat und nun selber die Felder bestellt, aber etwa acht Monate später der Pächter sich wieder eigenmächtig vor der Ernte in den Besitz gesetzt hat, so kann der Gutsherr wegen dieser eigenmächtigen Okkupation gegen den Pächter nicht klagen; denn er hat zunächst durch Dejektion fehlerhaft vor dem Pächter besessen, und also wird durch die Wiederaustreibung, die der Pächter sich erlaubt hatte, keine Klage des Gutsherrn gerechtfertigt. „Ein ähnlicher Fall ist der folgende: Der Vermieter nimmt den Schirm des Chambregarnisten an sich. Nach zwei Monaten entdeckt dieser den Schirm und nimmt ihn wieder zurück." [2])

Diese Zulassung der exceptio vitii ist nicht ganz unbedenklich; denn die Gewährung einer solchen Exzeption gibt eine Art offensiver Selbsthilfe auf Jahresdauer. Wenn man sich demjenigen gegenüber, der den Besitz fehlerhaft von uns erlangt hatte, offensiv wieder in den Besitz setzen will, so hat man wegen der Hoffnung auf die Einrede keine Klage zu fürchten. Aber das B.G.B. ist ja überhaupt mit der Selbsthilfe einigermaßen freigebig,[3]) und daraus erklärt sich auch die von Justinian abweichende Zulassung der exceptio vitiosae possessionis.

Zweifel kann auch hier wieder der mittelbare Besitzer erwecken. Auf die Frage, ob dieser zur Klage wegen Entziehung des Besitzes befugt sei, antwortet § 869 bejahend, gibt ihm aber den Anspruch nur beschränkt: Wenn eine Entziehung gegen den Besitzer durch verbotene Eigenmacht verübt ist — damit muß gemeint sein gegen den unmittelbaren Besitzer — so hat der mittelbare Besitzer deswegen die Klage, z. B. der

[1]) Eingeschoben.
[2]) Vorbereitungsheft.
[3]) Vgl. S. 31 Anm. 2.

Verpächter, wenn der Pächter vertrieben war.[1]) Aber der mittelbare Besitzer hat nur ein Anrecht auf Wiedereinräumung des Besitzes an den unmittelbaren. Der mittelbare kann also nicht Einräumung des Besitzes an sich selber verlangen, sondern nur Wiedereinräumung an den dejizierten unmittelbaren Besitzer, den Pächter, den Mieter und dergleichen mehr, und erst wenn dieser letztere seinerseits den unmittelbaren Besitz nicht wieder übernehmen will oder kann, dann darf allerdings der mittelbare seinen Klageantrag auf eine Besitzeinräumung richten, die an ihn selber geschehen soll. Wenn der Pächter z. B. dejiziert worden, dann aber durchgebrannt ist, also nicht im stande und jedenfalls nicht willens ist, den Besitz des Pachtguts wieder zu übernehmen, so kann der Verpächter allerdings gegen den Dejizienten mit dem Antrage klagen, daß der Dejizient den Besitz des Pachtgutes ihm, dem klagenden Verpächter, wieder einräumen soll.

Das Ergebnis ist:

Das Klagerecht, das der mittelbare hat, ist zwar nicht bloß subsidiär, wie Wendt behauptet hat, d. h. also nicht bloß dann gerechtfertigt, wenn der unmittelbare nicht klagen will; aber sein Anspruch darauf, selber unmittelbarer Besitzer zu sein, ist allerdings subsidiär. Er kann eine Klage darauf, ihm den Besitz einzuräumen, nur dann erheben, wenn der ausgetriebene unmittelbare Besitzer selbst nicht willens ist, den Besitz zu übernehmen. „Es sind daher wohl zwei Klagen, aber keine einander widersprechenden Klageanträge möglich."[2]) Wenn der Pächter gegen den Besitzergreifer klagt, so kann der mittelbare Besitzer seinen Antrag nur auf dasjenige richten, was der frühere unmittelbare Besitzer seinerseits verlangt.

Wenn der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitz gestört wird, so kann er nach § 862 auch auf Beseitigung der Störung klagen, und wenn weitere Störungen zu besorgen sind, hat er auch Anspruch auf Unterlassung derselben.[3])

[1]) Noch weitere Einschränkungen ergibt der Text nicht. Anders die Materialien und mit ihnen die h. Meinung. Näheres hierüber sowie Literatur s. b. Biermann, Anm. 3 § 879. Es fragt sich, ob man gegen einen klaren Text dessen amtlich nicht verkündete Vorgeschichte ausspielen darf. M. E. ist dies hier, wie sonst, zu verneinen und an Ecks Meinung festzuhalten.

[2]) Aus dem Vorbereitungshefte. Eine Einrede der Rechtshängigkeit gegenüber der zweiten Klage, wie sie behauptet worden ist, nimmt also Eck nicht an. Dagegen auch Biermann, Anm. 4 zu § 869.

[3]) Beispiele aus der Praxis s. b. Biermann, Anm. 2 zu § 862. Der römische

Dringt man etwas tiefer ein, so ist dabei offenbar nach dem Wortlaut: „Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitz gestört", eine geschehene Störung vorausgesetzt. Also genügt nicht ein bloßes Bevorstehen oder Drohen der Störung. Selbst wenn der Nachbar direkt eine von ihm beabsichtigte Störung angekündigt hat, wird der Bedrohte nicht klagen können, denn er kann nicht sagen, er werde durch verbotene Eigenmacht im Besitz gestört.[1]) Dabei kann nun die bereits geschehene Störung natürlich fortdauern, z. B. durch eine Anlage, die der Störer errichtet hat, z. B. eine Dachtraufe. Dann kann der Gestörte Beseitigung der Störung verlangen.[2]) Es kann aber auch, wenn die Störung nicht fortdauert, doch nach den Umständen eine Besorgnis der Erneuerung begründet sein, und dann der Besitzer nach demselben Paragraphen auf die Unterlassung der zu gewärtigenden neuen Störung Anspruch erheben.

Schadensersatz ist auch hier mit einer Besitzklage nicht zu fordern, sondern nur mit einer Klage aus einer unerlaubten Handlung.

Der skizzierte Anspruch wegen Störung entspricht offenbar dem römischen interdictum retinendae possessionis d. h. dem interdictum uti possidetis. Aber der vom B.G.B. geschaffene Anspruch ist enger als der römischrechtliche; denn das interdictum uti possidetis setzt bekanntlich eine schon verübte Störung „nicht unbedingt" [3]) voraus, sondern bezweckt: ne vis fiat possidenti, ist

---

Gegensatz des retinere und recuperare deckt sich nicht genau mit denjenigen von „Stören" und „Entziehen", zumal jede Entziehung streng genommen auch eine Störung in sich schließt, vgl. Gaertner a. a. O. S. 162 ff. Man hätte daher nach B.G.B. auch mit einer einzigen Besitzbeeinträchtigungsklage auskommen können, zumal von einem judicium duplex bei bloßen Störungen nicht mehr die Rede ist.

[1]) Von sog. Verbalstörungen will also Eck nichts wissen, Literatur zu dieser Frage s. b. Biermann, Anm. 2 zu § 862. Biermann will daselbst die Anmaßung eigenen Besitzes von der Drohung einer Störung unterscheiden und nur in letzterer eine wahre Besitzstörung sehen. In Wahrheit läßt sich aber diese Unterscheidung nicht durchführen. Drohen heißt Besorgnis erwecken. Schon die Anmaßung des Besitzes hat diese Kraft. Das Reichsgericht, Entsch. Bd. 48 Nr. 29 S. 118, 119, läßt bei einer bloßen Drohung eine Unterlagungsklage zu in einem Falle, den es als Seitenstück der Besitzstörung anerkennt.

[2]) Auch von dem redlichen Nachfolger des Besitzes der störenden Anlage? M. E. nein; denn dieser stört nicht den Besitz des Klägers durch verbotene Eigenmacht. Der Punkt ist streitig. Literatur s. b. Biermann, Anm. 3 und 4 zu § 862.

[3]) Eingeschoben.

also schon dann gerechtfertigt, wenn eine bloße Besorgnis der Störung besteht. Verübt worden zu sein braucht sie nicht.

Fragt man, was von beiden praktischer ist, die Bestimmung des römischen Rechtes oder das B.G.B., so denke man nur an folgende Fälle: Wenn ein Bau, den der Nachbar vornimmt, auf das allerdringendste eine Störung gewärtigen läßt, der Nachbar z. B. Fundamente für ein neu zu errichtendes Haus so tief ausgräbt, daß zu befürchten steht, meine Erde werde nachstürzen, muß ich dann warten, bis das passiert ist?[1]) Oder ich ersehe aus dem Bauplan des Nachbarn, daß dessen Erker in meinen Luftraum über die Grenze hineinragen soll, so kann ich nach dem B.G.B. nicht eher klagen, als bis der Erker in meinen Luftraum hineingebaut worden ist; denn ich kann vorher nicht sagen, daß ich durch verbotene Eigenmacht gestört werde. Wenn ferner mein Nachbar eine Knochenmehlfabrik einrichten will, deren furchtbare Dünste mich auf das äußerste zu beeinträchtigen drohen, so kann ich wiederum nicht eher klagen, als bis ich die Dünste zu riechen bekommen habe. Erst dann ist wirklich eine Störung vorhanden.[2]) Ich kann darin keine glückliche Umbildung des gemeinen Rechtes erblicken.

Übrigens ist auch der Anspruch wegen Störung bei Fehlerhaftigkeit des klägerischen Besitzes ausgeschlossen. Auch hier gilt die exceptio vitiosae possessionis, die bei der Klage wegen Störung auch Justinian hatte bestehen lassen. Aber auch hier wieder nur, wenn der klägerische Besitz ein Jahr vor der Störung erlangt war, § 861 Abs. 2.

Auf die Frage, ob auch der mittelbare Besitzer die Klage wegen Störung habe, antwortet der § 869 schlechtweg bejahend.

Wie kann sich nach dem B.G.B. nun der Besitzer gegen bloße Drohung oder bloßes Bestreiten seines Besitzes helfen? Natürlich kann er eine Besitzfeststellungsklage erheben, und damit würde er ein bloßes

[1]) Hier würde § 909 helfen.

[2]) Die strenge Ansicht Ecks wird keineswegs von allen geteilt (vgl. die bei Biermann, Anm. 2 zu § 862 Genannten), auch nicht von dem Herausgeber. Alles hängt von dem Worte „Stören" ab. Im engeren Sinne ist man nur dann gestört, wenn die Berührungsmöglichkeit Schaden leidet (so Eck), im weiteren schon dann, wenn das Gefühl, die Sache voraussichtlich ungestört benutzen zu können, beeinträchtigt wird. Das Schutzbedürfnis des Besitzers weist auf die weitere Bedeutung hin; man darf annehmen, daß auch die Verfasser des Gesetzes dies empfunden haben. Jedenfalls ist eine Verbalstörung erst mit der Kenntnis des Gestörten vollendet; Biermann, Anm. 2 zu § 864.

Bestreiten wohl überwinden. Aber es lassen sich sehr leicht Fälle denken, in denen diese Besitzfeststellungsklage nicht ausreicht.[1]) Dann wäre eine Klage auf Unterlassung von Störung und im Notfalle auch eine Erzwingung dieser Unterlassung durch Strafe und Haft wirksam. In Seufferts Archiv steht ein berühmter Fall, der durch drei Instanzen gegangen ist. In einer bestimmten Restauration pflegte jeden Tag ein händelsüchtiger Mann zu erscheinen, der mit allen Gästen Streit begann. Diese waren höchst unangenehm berührt und sagten dem Wirt: „Wenn der Mensch noch öfter in das Lokal kommt, verlassen wir dasselbe." Der Wirt untersagte hierauf dem Störer das Betreten des Lokals. Dieser erwiderte aber, der Wirt habe ihm gar nichts zu verbieten, sein Gasthaus sei ein öffentlicher Ort. Er werde wiederkommen und vielleicht einige Freunde mitbringen. Der Wirt klagte gegen diesen Mann auf Unterlassung der Störung. Nach gemeinem Rechte konnte er das auch, und das Gericht hat gegen den Störer in der Tat so erkannt, unter Androhung einer Strafe für jedes verbotswidrige Betreten des Lokals. Nach dem B.G.B. würde das nicht möglich sein, weil eine Störung noch nicht vorgekommen ist. Es liegt der Einwand nahe, daß es ja noch andere, bessere Hilfsmittel gibt als solche Klage auf Unterlassung der Störung, vor allen Dingen die Anklage wegen Hausfriedensbruch, wenn der Hinausgewiesene wieder erscheint.

Freilich ist nicht zu übersehen, daß nach den Motiven auch eine Drohung, die gegen den Besitzer ausgestoßen werde, als Störung des Besitzes betrachtet werden könne. Es ist aber doch mindestens sehr fraglich, ob es ein Eingriff in den Besitz ist, wenn man dem Besitzer erklärt, man werde sich an sein Berührungsverbot nicht kehren. Ich glaube nicht, daß darauf das Gericht eingehen würde.[2])

Für beide Arten der Besitzansprüche gelten zwei gemeinsame Regeln:

a) Eine Einrede aus dem Recht des Beklagten zum Besitz, aus dem jus possidendi, oder einem Rechte zu der störenden Handlung ist unzulässig nach § 863. Mit anderen Worten: Das Recht zu einer Handlung gibt keine Befugnis zur Übung von Eigenmacht. Das entspricht durchaus den gemeinrechtlichen possessorischen Rechtsmitteln. Anders nur dann, wenn das Recht des Beklagten seine Handlung gar

[1]) Ähnlich Biermann, Anm. 2 zu § 862, woselbst auch nach Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900 S. 389 ff. auf § 259 C.P.O. Bezug genommen ist.

[2]) vgl. oben S. 43 Anm. 2.

nicht als verbotene Eigenmacht erscheinen läßt, z. B. wenn der Beklagte in der Notwehr dem Kläger eine Waffe aus der Hand gerissen hat; dann hat er freilich eine Besitzentziehung verübt, aber das Recht zur Notwehr läßt seine Handlung nicht als verbotene Eigenmacht erscheinen. Wenn der Vermieter dem Mieter, der unberechtigterweise ausziehen will, die Sachen vorenthält, z. B. vom Möbelwagen wieder herunternimmt, so kann man darin freilich eine Entziehung des Besitzes erblicken, aber da das Recht seine Handlung sanktioniert, so steht ihm eine Einrede gegen die Besitzklage des Mieters zu.[1])

Eine andere gemeinsame Regel ist:

b) Die Besitzansprüche bedürfen, wie natürlich, einer zeitlichen Beschränkung, weil nach längerer Zeit der Tatbestand grade bei Besitzverletzung oft sehr schwer klar zu stellen ist, und deshalb hat das B.G.B. im § 864 eine zeitliche Befristung[2]) statuiert. Danach können Besitzklagen nur innerhalb eines Jahres nach Verübung der Eigenmacht erhoben werden, ähnlich wie unsere preußische Gerichtsordnung nur eine neuerliche Besitzstörung mit einer Klage verfolgt wissen wollte. Außerdem werden sie zwecklos und darum kraft Gesetzes ausgeschlossen durch ein rechtskräftiges Urteil, wenn dieses Urteil für den Beklagten ein solches Recht an der Sache feststellt, welches ihm einen Anspruch auf den seiner Handlung entsprechenden Besitzstand gibt.[3]) Natürlich ist der Gedanke der: Wenn solch ein Urteil vorliegt, dann würde dem Kläger sein Sieg in dem Besitzstreit gar nichts helfen können, da der Beklagte sein dingliches Recht[4]) bereits liquid gestellt hat.[5]) Damit

[1]) Seinem Wortlaute nach könnte man auch § 1373 hierher ziehen. Dagegen jedoch die bei Biermann, Anm. 1a zu § 863 Genannten. Die Vorschrift erwähnt die Inbesitznahme des Frauenguts als Ziel, nicht als Mittel des ehemännlichen Rechts.

[2]) Keine Verjährung!

[3]) Das ist erst möglich geworden, seitdem Besitzentziehungen vonseiten des Eigentümers nicht mehr zur Strafe der Selbsthilfe das Eigentum rauben, wie dies im spätrömischen Rechte der Fall war.

[4]) Mit Unrecht wollen neuerdings manche, z. B. auch Biermann in der zweiten Auflage Anm. 3a zu § 864 diese Ausnahmevorschrift analog ausdehnen und die bloßen Forderungen auf Besitz den Rechten an der Sache gleichstellen.

[5]) Nicht bloß liquid, sondern auch vollstreckbar. So vollzieht sich das rechtskräftige Urteil in einfachster Form, da die Besitzklage des besiegten Besitzklägers zu Gunsten des siegreichen Berechtigten ohne weiteres erlischt. Streitig ist die Behandlung der Kostenfrage in diesem Falle, vgl. Biermann, Anm. 3b zu § 864. Wer seinen Prozeß verliert, muß im Zweifel auch hier die Kosten tragen, da nichts anderes bestimmt ist.

Bestreiten wohl überwinden. Aber es lassen sich sehr leicht Fälle denken, in denen diese Besitzfeststellungsklage nicht ausreicht.[1]) Dann wäre eine Klage auf Unterlassung von Störung und im Notfalle auch eine Erzwingung dieser Unterlassung durch Strafe und Haft wirksam. In Seufferts Archiv steht ein berühmter Fall, der durch drei Instanzen gegangen ist. In einer bestimmten Restauration pflegte jeden Tag ein händelsüchtiger Mann zu erscheinen, der mit allen Gästen Streit begann. Diese waren höchst unangenehm berührt und sagten dem Wirt: „Wenn der Mensch noch öfter in das Lokal kommt, verlassen wir dasselbe." Der Wirt untersagte hierauf dem Störer das Betreten des Lokals. Dieser erwiderte aber, der Wirt habe ihm gar nichts zu verbieten, sein Gasthaus sei ein öffentlicher Ort. Er werde wiederkommen und vielleicht einige Freunde mitbringen. Der Wirt klagte gegen diesen Mann auf Unterlassung der Störung. Nach gemeinem Rechte konnte er das auch, und das Gericht hat gegen den Störer in der Tat so erkannt, unter Androhung einer Strafe für jedes verbotswidrige Betreten des Lokals. Nach dem B.G.B. würde das nicht möglich sein, weil eine Störung noch nicht vorgekommen ist. Es liegt der Einwand nahe, daß es ja noch andere, bessere Hilfsmittel gibt als solche Klage auf Unterlassung der Störung, vor allen Dingen die Anklage wegen Hausfriedensbruch, wenn der Hinausgewiesene wieder erscheint.

Freilich ist nicht zu übersehen, daß nach den Motiven auch eine Drohung, die gegen den Besitzer ausgestoßen werde, als Störung des Besitzes betrachtet werden könne. Es ist aber doch mindestens sehr fraglich, ob es ein Eingriff in den Besitz ist, wenn man dem Besitzer erklärt, man werde sich an sein Berührungsverbot nicht kehren. Ich glaube nicht, daß darauf das Gericht eingehen würde.[2])

Für beide Arten der Besitzansprüche gelten zwei gemeinsame Regeln:

a) Eine Einrede aus dem Recht des Beklagten zum Besitz, aus dem jus possidendi, oder einem Rechte zu der störenden Handlung ist unzulässig nach § 863. Mit anderen Worten: Das Recht zu einer Handlung gibt keine Befugnis zur Übung von Eigenmacht. Das entspricht durchaus den gemeinrechtlichen possessorischen Rechtsmitteln. Anders nur dann, wenn das Recht des Beklagten seine Handlung gar

[1]) Ähnlich Biermann, Anm. 2 zu § 862, woselbst auch nach Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900 S. 389 ff. auf § 259 C.P.O. Bezug genommen ist.

[2]) vgl. oben S. 43 Anm. 2.

nicht als verbotene Eigenmacht erscheinen läßt, z. B. wenn der Beklagte in der Notwehr dem Kläger eine Waffe aus der Hand gerissen hat; dann hat er freilich eine Besitzentziehung verübt, aber das Recht zur Notwehr läßt seine Handlung nicht als verbotene Eigenmacht erscheinen. Wenn der Vermieter dem Mieter, der unberechtigterweise ausziehen will, die Sachen vorenthält, z. B. vom Möbelwagen wieder herunternimmt, so kann man darin freilich eine Entziehung des Besitzes erblicken, aber da das Recht seine Handlung sanktioniert, so steht ihm eine Einrede gegen die Besitzklage des Mieters zu.[1])

Eine andere gemeinsame Regel ist:

b) Die Besitzansprüche bedürfen, wie natürlich, einer zeitlichen Beschränkung, weil nach längerer Zeit der Tatbestand grade bei Besitzverletzung oft sehr schwer klar zu stellen ist, und deshalb hat das B.G.B. im § 864 eine zeitliche Befristung[2]) statuiert. Danach können Besitzklagen nur innerhalb eines Jahres nach Verübung der Eigenmacht erhoben werden, ähnlich wie unsere preußische Gerichtsordnung nur eine neuerliche Besitzstörung mit einer Klage verfolgt wissen wollte. Außerdem werden sie zwecklos und darum kraft Gesetzes ausgeschlossen durch ein rechtskräftiges Urteil, wenn dieses Urteil für den Beklagten ein solches Recht an der Sache feststellt, welches ihm einen Anspruch auf den seiner Handlung entsprechenden Besitzstand gibt.[3]) Natürlich ist der Gedanke der: Wenn solch ein Urteil vorliegt, dann würde dem Kläger sein Sieg in dem Besitzstreit gar nichts helfen können, da der Beklagte sein dingliches Recht[4]) bereits liquid gestellt hat.[5]) Damit

[1]) Seinem Wortlaute nach könnte man auch § 1373 hierher ziehen. Dagegen jedoch die bei Biermann, Anm. 1a zu § 863 Genannten. Die Vorschrift erwähnt die Inbesitznahme des Frauenguts als Ziel, nicht als Mittel des ehemännlichen Rechts.

[2]) Keine Verjährung!

[3]) Das ist erst möglich geworden, seitdem Besitzentziehungen vonseiten des Eigentümers nicht mehr zur Strafe der Selbsthilfe das Eigentum rauben, wie dies im spätrömischen Rechte der Fall war.

[4]) Mit Unrecht wollen neuerdings manche, z. B. auch Biermann in der zweiten Auflage Anm. 3a zu § 864 diese Ausnahmevorschrift analog ausdehnen und die bloßen Forderungen auf Besitz den Rechten an der Sache gleichstellen.

[5]) Nicht bloß liquid, sondern auch vollstreckbar. So vollzieht sich das rechtskräftige Urteil in einfachster Form, da die Besitzklage des besiegten Besitzklägers zu Gunsten des siegreichen Berechtigten ohne weiteres erlischt. Streitig ist die Behandlung der Kostenfrage in diesem Falle, vgl. Biermann, Anm. 3b zu § 864. Wer seinen Prozeß verliert, muß im Zweifel auch hier die Kosten tragen, da nichts anderes bestimmt ist.

ist das wohlbekannte gemeinrechtliche Sprichwort: Petitorium absorbet possessorium in moderner Fassung durch den § 864 ausgedrückt worden.[1])

Es sind schließlich noch einige prozessualische Bemerkungen hinzuzufügen:

1. Gegen die Besitzklage wird man jetzt unbedenklich, wenn dieselbe bestritten ist, auch eine Widerklage zulassen müssen, zunächst eine Widerklage aus dem Besitz selber. Der Zusammenhang der beiden Ansprüche ist doch hier unzweifelhaft gegeben. In dieser Zulässigkeit der Widerklage liegt eben ein Ersatz der römischen Duplizität des interdictum uti possidetis.

2. Auch eine Kumulation der Besitzklage und der Klage aus dem Recht an der Sache muß nach der revidierten Civilprozeßordnung zulässig sein. Denn der § 232 Abs. 2 der bisherigen Civilprozeßordnung, der die Kumulation der petitorischen und possessorischen Klagen verbot, ist in der revidierten Civilprozeßordnung weggefallen. Ist aber die Verbindung statthaft, dann muß man sofort den weiteren Schluß ziehen, daß auch die Widerklage aus dem Recht an der Sache gegenüber der Besitzklage zulässig ist, was nach dem bisherigen Recht bestritten werden konnte. Aber es ist jetzt absolut kein Grund mehr vorhanden, das zu verneinen.[2])

3. Der Kläger kann unzweifelhaft auch mit der Besitzklage eine Forderungsklage verbinden, z. B. auf Schadensersatz.[3]) Wenn er von

---

[1]) Der Text läßt wohl keinen Zweifel daran, daß nach Ecks Meinung der Beklagte sich auf das rechtskräftige Urteil auch dann berufen kann, wenn es schon vor der Besitzentziehung oder Störung vorlag. Ebenso Biermann, § 864 in Anlehnung an Bekker und Kipp. Es ist dies das Ergebnis einer Analogie, die gegenüber der Ausnahmevorschrift des § 864 deshalb nicht ganz unbedenklich ist, weil sie das ohnehin im B.G.B. weit abgesteckte Gebiet der Selbsthilfe (S. 31 Anm. 2) noch mehr erweitert.

[2]) Doch! Die Widerklage verzögert unter Umständen die Erledigung der einfacheren Besitzfrage. Biermann verneint jetzt in der zweiten Auflage die Möglichkeit der Widerklage aus dem Rechte, die er mit andern ebenso, wie Eck, angenommen hatte. Die Vertreter beider Ansichten bei ihm s. Anm. 2 zu § 863. Das Reichsgericht entscheidet die hier berührte Frage nach preußischem Rechte und läßt sie für das B.G.B. ausdrücklich offen. Entsch. Bd. 50 Nr. 3 S. 8 ff.

[3]) Diese Ansicht ist — wenn auch ohne Grund — bezweifelt worden, wenigstens für die Besitzentziehungsklage, vgl. Biermann, Anm. 3 zu § 861, der für sie eintritt und zwar mit Recht.

dem Nachbar gestört worden ist und zugleich Schaden erlitten hat, so braucht er also nicht zwei Prozesse zu führen.

4. Endlich ist nicht beibehalten das gemeinrechtliche und preußisch-rechtliche Possessorium summarissimum, d. h. die vorläufige Regelung des Besitzstandes. Diese Institution geht über in die einstweilige richterliche Verfügung, „die sie ersetzt".[1]) Wenn Gewalt zu besorgen ist, so kann der Richter durch einstweilige richterliche Verfügung ein Interimistikum regulieren. Das wird er zumeist zu Gunsten des jüngsten Besitzers tun.

Damit sind die Regeln über die bisherigen geläufigen Institute geregelt.

Einen neuen Besitzanspruch hat das B.G.B. in § 867 hinzugefügt. Dem Wortlaut nach geht er auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung der Sache. § 867 ist eine etwas weitläufige Vorschrift, die die Sache nicht einmal gut bezeichnet.[2]) Man glaubt zunächst eine Wiedererweckung der actio ad exhibendum vor sich zu haben. Das ist aber nicht der Fall,[3]) vielmehr entspricht der Anspruch des § 867 eher dem römischen interdictum de glande legenda. Es kommt häufig eine Sache aus der Gewalt des Besitzers[4]) auf ein fremdes Grundstück, ohne daß der Besitzer des fremden Grundstücks sie grade an sich nimmt.[5])

---

[1]) Eingeschoben.

[2]) Vgl. über den Widerspruch ihrer Fassung zu § 1005, der nach Biermanns Ansicht „unzweifelhaft denselben Tatbestand voraussetzt", Biermann, S. 32 Anm. 1 zu § 867.

[3]) Es fehlt das Erfordernis des besonderen Interesses, von dem diese Klage abhing.

[4]) Zweifelsfragen über diesen Punkt s. bei Biermann, § 867 Anm. 1. Wer aus übertriebener Scheu ein fremdes Grundstück ohne Erlaubnis des Eigentümers nicht zu betreten wagt, um seine dorthin gelangte Sache zu bekommen, muß m. E. jedenfalls das Recht haben, diesen Anspruch zu erheben; denn auch von der Selbsthilfe gilt: beneficia non obtruduntur. Kann er die verbotene Sache nicht ohne Schädigung des fremden Grundstückes wiedererlangen, so hat er sie m. E. aus seiner Gewalt verloren. A. M. Biermann a. a. O.

[5]) Nach dem Texte „sie in Besitz nimmt". Die h. Meinung sieht in dieser Inbesitznahme so viel wie einen „Besitzerwerb". Dagegen Biermann, Anm. 1c zu § 867, dem man beitreten muß, wenn man einen unbewußten Besitzerwerb für möglich hält, vgl. oben S. 3 Anm. 2. Der Besitz an der Sache, die auf ein fremdes Grundstück geraten ist, kann also auch ohne Inbesitznahme vom Grundstücksbesitzer erworben sein. Dann ist aber der Abholungsanspruch noch nicht erloschen. Das Interesse des Verlierers wird in einem solchen Falle vom B.G.B. höher bewertet als der bloß bewußtlos erworbene Besitz.

Wenn Früchte von meinem Baum in des Nachbars Garten fallen, so könnte ich die Grenze überschreiten und die Früchte in dessen Garten auffammeln.[1]) Ferner, wenn ein Tier über die Grenze läuft oder fliegt, oder wenn jemandes Hut vom Winde hinüber geweht wird, wenn ein Kahn oder ein Stück Holz hinweg geschwemmt wird, so hat der Nichtbesitzer, auf dessen Grundstück[2]) die Sache gekommen ist, nach § 867 dem „bisherigen"[3]) Besitzer die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache zu gestatten.[4]) Dafür kann er Ersatz des ihm daraus erwachsenden Schadens verlangen. Er muß also dulden, daß ich meinen Hut, der vom Winde in sein Kornfeld hineingeweht wurde, herausholе, aber er darf verlangen, daß ich die Kornähren, die ich bei dieser Gelegenheit zertreten habe, ersetze. Jetzt fragt sich, was ist mit den Worten: Daß der Besitzer die Abholung zu gestatten habe, gemeint? Soll das bloß eine obligatorische Verpflichtung sein, so daß der Besitzer des Hutes resp. des weggeschwemmten Holzes erst auf Duldung des Überschreitens der Grenze[5]) zu klagen hätte? Das würde wohl sehr wenig praktisch sein.[6]) Inzwischen würde meist die Sache auf dem fremden Grundstück zu Grunde gegangen sein, die Tiere würden wieder weggelaufen sein.

Außerdem erinnere ich daran, daß wir im preußischen Recht eine Reihe von Bestimmungen haben, wonach ein Besitzer seine Sache, die auf ein fremdes Grundstück gekommen ist, dahin verfolgen darf, sie abholen kann (§§ 122, 178 A.L.R. I, 9). Der Eigentümer eines Bienenschwarmes oder der Bienenvater, wie Dernburg ihn nennt, kann die schwärmenden Bienen auch auf fremdem

[1]) vgl. hierzu § 911, der das im Texte erwähnte Verhalten verbietet, sofern nicht etwa das Nachbargrundstück dem öffentlichen Gebrauche dient.

[2]) Gemeint ist das von ihm unmittelbar besessene Grundstück. Eine Erlaubnis des bloß mittelbaren Besitzers wäre wertlos, der Anspruch gegen ihn daher zwecklos. Planck, Bem. 3 zu § 867.

[3]) Eingeschoben.

[4]) Über den Klageantrag des mittelbaren Besitzers s. Biermann, Anm. 5 zu § 869. Dem Besitzdiener wird eine selbstverständliche Vollmacht zur Vertretung seines Herrn in dieser Klage zugebilligt (vgl. Biermann, Anm. 2 zu § 867). Dies ist keineswegs unbedenklich, weil das B.G.B. die Herren grundsätzlich dagegen schützt, daß ihre Diener ohne ihren Willen Besitzprozesse führen. Im Notfalle hilft § 89 C.P.O.

[5]) Natürlich nur, wenn nicht sein Anspruch auch ohnedies gutwillig befriedigt wird.

[6]) M. E. unterschätzt hier Eck die Kraft des metus actionis und die Scheu vor dem Worte des Gesetzes.

Grund und Boden verfolgen,[1]) also eigenmächtig die Grenze überschreiten. Ähnlich ist es bei Fischen. Wenn Fische, die in Privatgewässern gehegt werden, bei Großwasser oder bei Durchbruch des Dammes austreten, können sie vom Eigentümer auch auf fremdem Grund und Boden wieder eingefangen werden. Das ist sonnenklar; ebenfalls ein Abholungsrecht und zwar ein Recht zu eigenmächtiger Abholung. Daß statt dessen im B.G.B. ein obligatorischer Anspruch gewährt werden soll, kann man nicht annehmen. Man wird die Worte „hat zu gestatten" so deuten müssen, daß Duldung von Eigenmacht damit gemeint ist.[2]) Man würde auch besser nicht, wie es zu geschehen pflegt, von einem Anspruche auf Gestattung der Aufsuchung und Wegschaffung reden, sondern vielmehr von einem Abholungsrecht sprechen. Das würde m. E. den Anspruch aus § 867 besser bezeichnen.

Der Rechtsbesitz, die juris quasi possessio ist im B.G.B. beinahe verschwunden. Er kommt nur noch an einer Stelle (§ 1029) vor, wonach der Besitzer eines Grundstückes, der in Ausübung einer für dieses Grundstück eingetragenen Grunddienstbarkeit gestört ist, Besitzschutz hat, wenn die Dienstbarkeit im letzten Jahre vor der Störung ausgeübt worden ist. Das ist ein sehr beschränkter Rest der juris quasi possessio. Dazu bestimmt das Einführungsgesetz ergänzend in Art. 191 Abs. 2, daß die beim Inkrafttreten des B.G.B. bereits bestehenden Grunddienstbarkeiten alle, auch ohne eingetragen zu sein, fortdauern und daß sie ihren Besitzschutz auch ferner genießen sollen.

Damit ist die juris quasi possessio im wesentlichen ziemlich wieder ebenso weit zurückgedrängt worden, wie sie im ältesten römischen Rechte beschränkt war. Daneben bleibt sie freilich noch bei öffentlichen Rechten bestehen, bei denen sie im Landesrechte anerkannt ist, und die vom B.G.B. nicht berührt werden, z. B. beim Patronat, bei Regalien, beim Adel und dergleichen mehr. Außerdem natürlich bei den Privatrechten, die den Landesrechten vorbehalten sind, also bei wasserrechtlichen Befugnissen, bei Erbbegräbnissen u. s. w.[3]) Immerhin ist es ein sehr bescheidener Rest, der dem Rechtsbesitze für die Zukunft noch übrig bleibt.

[1]) Vgl. jetzt § 962.

[2]) Vgl. hierzu Biermann, Anm. 2 zu § 867, der ein solches eigenmächtiges Vorgehen nur unter den Voraussetzungen des § 904 zuläßt (natürlich ist es dies auch nach Maßgabe des § 229).

[3]) Mit diesem Besitze beschäftigen sich die bei Biermann, Vorbemerkungen 2

§ 7.

7. Gesamtwürdigung des Besitzrechtes.

Ich lasse die rein theoretische Frage nach der Natur des Besitzes bei Seite, die ja praktisch keine erheblichen Konsequenzen im Gefolge haben. Blickt man zurück auf die Lehre vom Besitz im B.G.B., so wird man ihre Regeln, insbesondere die des Besitzschutzes im ganzen billigen müssen.

Das ist auch die überwiegende Meinung in der Literatur. Namentlich hat Bekker in Iherings Jahrbüchern sich sehr energisch in diesem Sinne ausgesprochen.[1]) Der einzige, der die Regelung des B.G.B. wegen der Abweichungen vom römischen Rechte geradezu tadelt, ist, wie schon oben erwähnt wurde, Randa. Immerhin werden die beiden Klagen aus dem Besitze bei beweglichen Sachen[2]) in Zukunft nicht gerade viel angewendet werden, denn die Störung im Besitz beweglicher Sache ist doch jetzt schon eine große Seltenheit,[3]) und was die Entziehung des Besitzes einer Mobilie betrifft, so ist diese ja freilich häufiger, aber auch dabei wird künftig die Besitzklage selten sein, denn die petitorischen Klagen wegen Besitzverlustes sind im B.G.B. enorm ausgedehnt worden, worauf wir bei der Eigentumslehre später zurückkommen werden.[4]) Sie werden geradezu auf Grund früheren Besitzes gewährt und infolgedessen wird in Zukunft, wenn jemandem der Besitz einer Mobilie entzogen ist, er klüger tun, ohne weiteres

---

S. 4 mitgeteilten Erkenntnisse, woselbst hervorgehoben wird, daß auch an öffentlichen Sachen ein Besitz Privater möglich sei, soweit ihre Zweckbestimmung, insbesondere der Gemeingebrauch nicht berührt wird.

[1]) Bd. 34 S. 1 ff.

[2]) Die überlieferte Nachschrift sagt: „Immobilien", was offenbar ein Schreibfehler ist.

[3]) Man denke etwa an den Mißbrauch der Sachen eines Stubengenossen durch den andern.

[4]) Diese Ausführungen Ecks erinnern an die Anschauungen Pflügers (die sogenannten Besitzklagen, Leipzig 1890), über die Entbehrlichkeit der Besitzklagen im neueren Rechte. Hervorzuheben ist nur, daß auch bei beweglichen Sachen eine negatorische Klage in petitorio dem bloßen Besitzer nicht gegeben wird, daß ihm die Besitzstörungsklage unentbehrlich bleibt. Die eigentliche Zweifelsfrage ist, zu welchem Zwecke noch heutzutage in einem ohnehin nicht schleunigen Verfahren sogar die liquide Einrede aus dem Rechte dem verklagten Besitzstörer oder Besitzentzieher genommen worden sind. Dadurch werden oftmals zwei Prozesse nötig, wo ein einziger unter den Parteien Ruhe schaffen könnte.

mit einer petitorischen Klage vorzugehen.[1]) Bei Immobilien dagegen bleiben die Besitzklagen praktisch.[2]) Außerdem wird natürlich die Besitzselbsthilfe bei Grundstücken und auch bei beweglichen Sachen in Zukunft weitere praktische Anwendung behaupten.

Die Natur des Besitzes im allgemeinen ist ebenso sehr wie im römischen Rechte von den wahren Sachenrechten verschieden. Er steht zwar im Buche, das von dem Sachenrechte handelt, aber er unterscheidet sich von den übrigen in diesem Buche behandelten Rechten sehr wesentlich. Vor allen Dingen ist er immer noch bloß beschränkt verfolgbar, nämlich nur bei verbotener Eigenmacht,[3]) und auch nur verfolgbar binnen einer Präklusivfrist von einem Jahre, nicht verfolgbar bei jeder Vorenthaltung und nicht binnen der gewöhnlichen Verjährungsfrist. Auch geht der Besitzanspruch nicht auf Schadensersatz, wie es sonst bei den Rechtsverletzungen der Fall ist, sondern nur auf Beseitigung der Besitzverletzung. Weiter wird die Besitzklage nicht durch ein Recht des Beklagten an der Sache selber ausgeschlossen, also nicht durch petitorische Einreden, während dies doch der Fall sein müßte, wenn die Besitzklage eine gewöhnliche Klage aus dem Sachenrecht wäre.[4]) Endlich trennt auch das B.G.B. an verschiedenen Stellen den Besitz einer Sache vom Rechte an der Sache, z. B. in § 268. Hier ist davon die Rede, daß jeder, der durch eine Zwangsvollstreckung ein Recht zu verlieren Gefahr läuft, berechtigt ist, den Gläubiger zu befriedigen: „Das gleiche Recht steht dem Besitzer zu, wenn er Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung den Besitz zu verlieren." Recht an der Sache und Besitz an der Sache werden, obwohl sie beide dieselbe Klage begründen sollen, gesondert.

Andererseits sind dem Besitze noch mehr als bisher die Eigen-

[1]) Sofern er nicht Einreden aus dem Rechte des Gegners befürchtet oder sofern er bösgläubiger Erwerber ist. In diesen beiden Fällen hilft ihm nur die Besitzklage, nicht die Klage aus § 1007.

[2]) Offenbar weil hier die Klage aus dem älteren Besitze nicht Platz greift. Auch ist hier oft der Umfang der erworbenen Sache zweifelhaft, selbst wenn der Erwerb selbst feststeht. Hier hilft die Besitzklage.

[3]) Der fehlerhafte Besitzer, der die Besitzklage vereiteln will, braucht die Sache nur rechtzeitig in die Hände eines Nachfolgers hinüberzuspielen, dem eine Kenntnis der Fehlerhaftigkeit nicht nachgewiesen werden kann. Da die Besitzklage nicht mehr auf Schadensersatz geht, so bleibt in solchem Falle nichts von ihr übrig.

[4]) In diesem Punkte ist der Besitz nicht weniger, sondern mehr wert als ein gewöhnliches Sachenrecht.

schaften eines Rechtes beigelegt, wenigstens mehr als im römischen Rechte, auch noch mehr als im preußischen Rechte. Vor allem ist der Besitz vererblich, was im römischen Rechte bestritten ist, und was im preußischen Rechte nach der herrschenden Lehre nicht gilt. Das B.G.B. redet überdies von Übertragung des Besitzes, von dem Nachfolger im Besitz u. s. w.

Infolgedessen kann man sagen: Ist auch nach dem B.G.B. der Besitz zwar ein Recht auf eine Sachherrschaft, so ist er doch nur ein unvollkommenes Recht.[1]) Er ist eben immer noch mit einem Rest der bloß faktischen Natur des Besitzes behaftet, und nur der Vorgang den Brinz „Civilisierung" des Besitzes nennt, ist etwas weiter fortgeführt, der Besitz aber keineswegs dadurch in allen Beziehungen den Regeln, die für die Sachenrechte gelten, unterstellt worden.[2])

Kapitel II. Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

§ 8.

1. Das Grundbuchrecht im allgemeinen und seine Literatur.

Das Grundbuchrecht hat schon eine ziemlich umfassende Literatur.[3]) Vor allen Dingen ist zu nennen:

1. Das Buch des hessisch-darmstädtischen Praktikers Best: „Das Grundbuch- und Hypothekenrecht des B.G.B.", 1896.

Der Verfasser vergleicht das Recht des B.G.B. in sehr dankenswerter Weise nicht bloß mit dem hessischen Rechte, sondern

---

[1]) Diese Erörterung ist namentlich auch wichtig für die Frage, ob § 823 den Besitz betrifft, vgl. Bd. I S. 601 Anm. 1.

[2]) Der rechtlich schutzlose Tatbestand des Besitzes ist natürlich hier nicht mitgemeint (vgl. S. 36 Anm. 2). Er ist schlechterdings nur eine Tatsache und kein Recht.

[3]) Vgl. zur Ergänzung des Textes die Literaturangaben bei Biermann, Vorbemerkungen 6 · S. 45 und Lehmann (Enneccerus-Lehmann), Bürg. R., Bd. 2, 2. Aufl., S. 87 § 28 Anm. 1.

immer auch mit dem preußischen Rechte. Das Buch ist lebhaft zu rühmen.

2. Strecker: „Die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über Rechte an Grundstücken", Berlin, 1898.

Das Buch ist kürzer aber ungemein klar und brauchbar.

Minder wertvoll ist m. E.

3. Böhm: „Das materielle und formelle Grundbuchrecht", Hannover 1898.

Natürlich haben wir auch schon Schriften über die Reichsgrundbuchordnung, z. B. von Siméon, Schwarze und Willenbücher.[1]) Aber die Grundbuchordnung kann hier immer nur gelegentlich in die Betrachtung hineingezogen werden.

Im Sachenrechte des B.G.B. bildet den Ausgangspunkt die Scheidung von Grundstücken und beweglichen Sachen, „die viel stärker ist als im römischen Rechte".[2]) Viele Rechte sind überhaupt nach dem B.G.B. nur an Grundstücken möglich, sogar die Mehrzahl der dinglichen Rechte: das Erbbaurecht, die Grunddienstbarkeiten, das dingliche Vorkaufsrecht, die Reallasten, die Hypotheken, die Grundschulden und die Rentenschulden.

Ein Recht gibt es umgekehrt, das nur an Mobilien möglich ist, das ist das Pfandrecht. Das B.G.B. vermeidet es, die Hypothek als Pfandrecht zu bezeichnen. Ob wir sie nicht trotzdem in der Theorie so nennen sollen, ist eine andere Frage.

Die Mehrzahl von dinglichen Rechten kommt an beiden Gattungen von Sachen, Mobilien und Immobilien vor, namentlich Eigentum und Nießbrauch.

Es ruhten, wie natürlich, Erwerb und Verlust der Immobiliarrechte auf dem Grundbuchsystem.[3]) Dagegen bestehen für die Rechte an Mobilien ganz andere Regeln in bezug auf Erwerb und Verlust.

---

[1]) Weitere Literatur bei Biermann, Nr. 6 S. 45. Hinzuzufügen ist: O. Fischer, Grundbuchordnung für das Deutsche Reich nebst den preußischen Ausführungsbestimmungen, 3. Aufl., 1903.

[2]) Vorbereitungsheft.

[3]) das kein bloßes „Pfandbuchsystem" ist. Biermann, Anm. 2 S. 43. Trotzdem sind die Bedürfnisse des Pfandkredites die eigentliche Quelle des gesamten Grundbuchformalismus, da ein bloßer Pfandformalismus diesen Bedürfnissen nicht genügt hatte, als noch nicht alle Rechtsverhältnisse des Pfandstücks durch Formalisierung sicher gestellt worden waren. Sie alle beeinflussen den Wert des Grundstücks, dieser ist aber die Grundlage des Realkredits.

Es ist also nicht etwa im B.G.B. wie im preußischen Rechte, ein gemeinsames Prinzip für Erwerb und Verlust von Mobilien und Immobilen beibehalten. Wir haben vielmehr fast zwei Sachenrechte, ein Mobiliar- und ein Immobiliarsachenrecht; immerhin gelten aber viele und wichtige Regeln unterschiedslos bei beiden Arten von Sachen.

Gemeinsam ist namentlich der Satz, daß Verträge über dingliche Rechte abstrakte sind, losgelöst von dem materiellen Rechtsgrunde, z. B. vom Kaufgeschäft.[1]) Es ist also für Mobilien und Immobilien das „Konsensprinzip" generalisiert.[2]) Die Einigung als solche genügt unter Hinzufügung der Eintragung oder Besitzübertragung. Aber der Vertrag besteht als Einigung unabhängig von der causa. Diese Einigung, wie jetzt das B.G.B. immer sagt, kann man als dinglichen Vertrag bezeichnen.[3]) Das tat auch schon der Entwurf I. Das B.G.B. hat aber peniblerweise diesen Ausdruck nicht mit übernommen, weil einzelne Regeln des allgemeinen Teils über Verträge auf die dingliche Einigung doch nicht passen. Die bindende Kraft, die sonst den Verträgen eigen ist, wohnt dieser Einigung nicht ohne weiteres bei.[4]) Aber zur Be-

[1]) Vgl. hierzu von Schey, Die Behandlung der Eigentumsübertragung, Vortrag in der Wiener Juristischen Gesellschaft, Wien 1902. Entsch. d. R.G. Bd. 52 Nr. 30 S. 114.

[2]) Das sog. materielle Konsensprinzip, d. i. das Einigungserfordernis, eine Voraussetzung der Giltigkeit der Eintragungen. Im Gegensatze hierzu nennt man formelles Konsensprinzip das Antragserfordernis (Grundbuchordnung 19), eine Voraussetzung der richterlichen Eintragungstätigkeit (Ausnahmen § 20), vgl. Biermann, Anm. 3 S. 44. Der materielle Konsens ist eine beiderseitige Zustimmung unter den Parteien, der formelle eine einseitige der Partei, deren Recht von der Eintragung berührt werden soll, gegenüber dem Grundbuchamte.

[3]) Über die Einigung zum Zwecke des bloßen Besitzüberganges s. oben S. 18 Anm. 1 und überhaupt Eccius, Gruchots Beiträge Bd. 47 S. 51 ff. „Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht".

[4]) Eck meint damit entweder die obligatorische Bindung oder die von einem weiteren Ereignisse (Eintragung) unabhängige Bindung. Obwohl beide fehlen, spricht § 873 trotzdem von einer Gebundenheit der Parteien. Das bedeutet die Notwendigkeit, von der Einigung, falls ihr Inhalt eingetragen wird, betroffen zu werden. Streitig ist, ob solche Einigung eine Verfügungsbeschränkung erzeuge, vgl. Biermann, Anm. zu § 873, gegen Koffka, Festg. für Wilke 1900 S. 172. M. E. wird sie tatsächlich (d. h. aus moralischen oder Zweckmäßigkeitsgründen) oft beschränkend wirken. So wenn ein Grundeigentümer dem einen Gläubiger notariell durch Einigung eine (noch nicht eingetragene) erste Hypothek eingeräumt hat und jetzt Lust hat, sie für einen andern eintragen zu lassen. Das was ihn hier hemmt, ist freilich nicht die Einigung als solche, sondern der obligatorische Vertrag, der zu-

zeichnung der Einigung über das Bestehen dinglicher Rechte wird man den Titel „Vertrag" schwerlich entbehren können.[1])

Gewisse weitere Regeln über Immobilien kehren zwar nicht direkt bei Mobilien wieder, aber wiederholen sich in analoger Gestalt.

1. Die Vermutung für den Bestand eines Rechtes wird bei Immobilien durch Eintragung begründet, bei Mobilien durch den einem Recht entsprechenden Besitz.[2])

2. Der Schutz des Vertrauens, den bei Immobilien der öffentliche Glaube des Grundbuches gewährt, soll bei Mobilien der redliche Erwerber genießen.[3])

Zunächst werden die allgemeinen Regeln über Rechte an Grundstücken in den §§ 873—902 festgestellt.

Grundbücher im Sinne des Gesetzes sind z. Z., wie bekannt, noch durchaus nicht in allen Teilen Deutschlands vorhanden. Darum

---

gleich mit ihr einen und denselben Tatbestand bilden kann (vgl. hierüber Entsch. d. R.G. Bd. 48 Nr. 31 S. 134, 135). Übrigens wirkt diese Hemmung mehr in psychologischer, als in juristischer Weise. Rechtlich ist diese Verfügungsbeschränkung als solche ohne Kraft. Wer sie mißachtet, verfügt in rechtsgiltiger Weise, freilich macht er sich aus seiner früheren Abrede verantwortlich. — Die „Gebundenheit" tritt übrigens nicht sofort bei der formfreien Einigung ein, die soeben geschilderte mittelbare Verfügungsbeschränkung aber sogleich, sofern die Einigung auch nur für das Empfinden der Parteien verpflichtend wirkt, s. näheres unten.

[1]) Es ist nicht zweifellos, ob Eck hier den Namen meint oder den dritten Titel des dritten Abschnitts des ersten Buches B.G.B. Der Name ist ohne praktische Bedeutung, sofern man nur zugesteht, daß die Vorschriften über Verträge jedenfalls nur insoweit anwendbar sind, als sie mit den besonderen Grundsätzen des Sachenrechts, namentlich des Grundbuch-Formalismus vereinbar sind. Eccius a. a. O. (Beiträge Bd. 47 S. 67) lehnt die Analogie des Vertragsrechtes bei diesen Einigungen unbedingt ab, obwohl er zugibt, daß § 1396 mit dem Namen des „Vertrags" auch auf Einigungen hinweist, und deshalb den Namen des dinglichen Vertrages dulden will. M. E. müssen die Vorschriften über Verträge, soweit sie passen, entsprechend angewendet werden, nicht bloß wegen des Namens, sondern auch wegen der Sache; denn die Einigungen dienen rechtsgeschäftlichen Zwecken. (Für die Anwendung des § 185 erklärt sich ausdrücklich das R.G. Entsch. Bd. 54 Nr. 95 S. 365 ff.) Der von Eccius betonte Umstand, daß die Einigung für sich allein keine rechtliche Wirkung hat, sondern einer hinzutretenden Tatsache (Eintragung) bedarf, findet sich auch bei andern Rechtsgeschäften, z. B. den hinkenden Verträgen, die einer Genehmigung und den Testamenten, die eines Todesfalls zur Wirksamkeit bedürfen. — Für die Vertragsnatur (Offerte und Annahme) bei der Einigung vgl. auch die Entsch. d. R.G. Bd. 54 Nr. 98 S. 385.

[2]) § 1006 spricht nur vom Eigentume.

[3]) Aber nicht genau unter denselben Bedingungen.

werden nach dem Einführungsgesetze Art. 189 die Vorschriften des B.G.B., die ein Grundbuch voraussetzen, für jedes Land erst dann anwendbar, wenn durch eine landesherrliche Verordnung das Grundbuch als angelegt erklärt worden ist.[1]) Aber in den meisten preußischen Landesteilen wird diese Erklärung schon für die Zeit vom 1. Januar 1900 ab stattfinden, weil eben unser Grundbuch dem vom B.G.B. vorausgesetzten im wesentlichen entspricht. Ist nun die Erklärung ergangen, daß das Grundbuch als angelegt zu erachten sei, dann gelten auch keine Ausnahmen mehr, wie sie in der preußischen Grundbuchordnung noch gemacht werden, etwa für solche Grundstücke, die tatsächlich noch kein Grundbuchblatt erhalten haben; Grundbuchordnung § 49 Satz 2: „Die Vorschriften des bisherigen Rechtes behalten auch in Ansehung der Grundstücke, für welche ein Grundbuchblatt noch nicht angelegt werden kann, bis zur Anlegung desselben ihre Giltigkeit."

Hieraus folgt, daß für solche Grundstücke ohne Grundbuchblatt der rechtsgeschäftliche Verkehr einfach lahmgelegt ist. Grade durch die Gefahr dieses Übelstandes hat man zur Beschleunigung der Anlegung von Grundbuchblättern antreiben wollen.

Allgemeine Regeln sind folgende:

1. Die Grundbücher sollen auch nach dem B.G.B. die Rechtslage jedes Grundstücks treu und zuverlässig widerspiegeln.[2]) Zu diesem Zwecke ist jede Änderung in der Rechtslage in den Grundbüchern zu vermerken.[3]) Also ist das Publizitätsprinzip für solche Änderungen statuiert, und zwar in stärkster Form; denn die Entstehung eines Rechtes ist durch die Eintragung bedingt, ebenso die Änderung des Inhaltes eines Rechtes; die Aufhebung eines Rechtes ist durch die Löschung bedingt. So ist das Prinzip des preußischen Rechtes noch allgemeiner und strenger durchgeführt.

---

[1]) Wo ein Grundbuch besteht, aber gewisse Rechte, z. B. die landrechtlichen Nutzungspfandrechte ohne Eintragung giltig waren, sollen diese wohl erworbenen, aber nicht eingetragenen Rechte durch das neue Gesetzbuch nach der Meinung des Reichsgerichts zu Grunde gegangen sein und, wenn solche Rechte diesem nicht bekannt sind, soll auch kein Anspruch auf Eintragung entstehen. Entsch. d. R.G. Bd. 48 Nr. 18 S. 63. Dagegen mit Recht Biermann, Anm. 2 S. 44, unter Bezugnahme auf Habicht, D.J.Z. Bd. 6 S. 324. Es handelt sich namentlich um die Auslegung des Art. 184 E.G.

[2]) Über rechtliche und wirtschaftliche Einheit der Grundstücke vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 51 Nr. 51 S. 215.

[3]) Von jeder hängt der Wert und also der Realkredit ab.

2. Der Inhalt des Grundbuches genießt auch öffentlichen Glauben, gerade so wie im preußischen Rechte, also der Inhalt wird nach § 891 stets als richtig vermutet.[1]) In gewissen Beziehungen aber, nämlich zu Gunsten derer, die im Vertrauen auf das Grundbuch Rechte an Grundstücken erwerben, gilt der Inhalt nach § 892 sogar schlechthin als richtig.[2]) Da wird also die Präsumtion zu einer Fiktion gesteigert.[3]) Durch diese Abhängigmachung der Rechtswirkung von der Eintragung ist natürlich ein indirekter Antrieb zur Eintragung geschaffen.

Genauer geregelt sind die Eintragungen durch die Grundbuchordnung vom 24. März 1897. Diese schließt sich zwar im allgemeinen an die preußische Grundbuchordnung an, aber sie läßt doch dem Landesrecht recht weiten Spielraum.[4]) Vor allen Dingen ist die Gestaltung der Grundbuchämter dem Landesrecht freigegeben. Es brauchen nicht Staatsbehörden zu sein, es können auch Gemeindeämter sein, Grundbuchämter können selbständige Behörden sein oder Abteilungen eines Amtsgerichtes oder dergl. m.[5]) Weiter soll, was erheblich ist, sogar die Einrichtung der Grundbücher durch die Anordnung der landesherrlichen Justizverwaltung bestimmt werden. Namentlich soll die Landesjustizverwaltung bestimmen, ob und wie viele Abteilungen im Grundbuch gebildet werden sollen.

Daß Abteilungen gebildet werden, setzt freilich das B.G.B. voraus, denn es redet immer von „derselben Abteilung", z. B. in § 879. Aber die Abteilungen können verschieden sein, und auch die Form der

---

[1]) Von § 1138 wird unten die Rede sein, vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 49 Nr. 2 S. 8, Nr. 89 S. 367, Bd. 51 Nr. 11 S. 45. Auf § 891 gründet sich auch die rei vindicatio des eingetragenen Eigentums, Entsch. d. R.G. Bd. 52 Nr. 75 S. 277, Bd. 51 Nr. 11 S. 45.

[2]) Es gilt dies nur zu Gunsten des Erwerbers aus einem Rechtsgeschäfte, nicht aber für den Gläubiger, der z. B. eine Sicherungshypothek im Wege der Zwangsvollstreckung hat eintragen lassen, Entsch. d. R.G. Bd. 54 Nr. 30 S. 105.

[3]) Das Reichsgericht Entsch. Bd. 47 Nr. 50 S. 230 spricht daher von einer rechtserzeugenden Kraft des guten Glaubens. Den Gegensatz des gegenwärtigen Rechts zu den älteren preußischen Vorschriften beleuchtet das R.G. Entsch. Bd. 52 Nr. 27 S. 103.

[4]) Zur Ergänzung des Textes diene O. Fischer, Grundbuchordnung für das Deutsche Reich nebst den preußischen Ausführungsbestimmungen, dritte Auflage, Berlin 1903, Einleitung S. 21 ff.

[5]) Preuß. Ausführungsgesetz zur Grundbuchordnung vom 26. September 1899 Art. 1. „Die Amtsgerichte sind die Grundbuchämter für die in ihrem Bezirke gelegenen Grundstücke."

Buchung kann von der Landesjustizverwaltung bestimmt werden.[1]) In der Grundbuchordnung ist nur in §§ 45 ff. einiges in dieser Beziehung bestimmt, daß die Eintragung den Tag, an dem sie erfolgt ist, angeben und mit der Unterschrift des Grundbuchbeamten versehen werden soll. Eine weitergehende Einheit war eben nicht herzustellen, weil in den einzelnen Ländern die Verhältnisse sehr verschieden liegen, insbesondere hat es in Altpreußen wunderbar berührt, daß man am Rhein, besonders in Baden, die lebhaftesten Klagen hören mußte, weil dort das preußische Grundbuchsystem aufgenötigt werde. Es wird dort eingewendet, daß die ungeheuere Zersplitterung des Grundbesitzes in Baden, wo es Grundstücke von minimaler Größe gibt, unverhältnismäßige Kosten bei der Anlegung des Grundbuches nach sich ziehen werde und eine ungeheuere Vervielfachung der Arbeit, weil für jede winzige Parzelle eine besondere Buchung gemacht werden müsse.

Das B.G.B. stellt zunächst für die einzelnen Arten von Rechtsveränderungen, die gebucht werden müssen, oder genauer für die einzelnen Arten von Rechtsveränderungen, die bei Grundstücken durch Rechtsgeschäfte eintreten können, drei Regeln auf.[2])

1. Für den Erwerb enthält die Grundregel § 873: Zur Übertragung des Eigentums, zur Belastung eines Grundstückes mit Rechten,[3]) wie Hypotheken, Nießbrauch, und zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechtes ist zweierlei erforderlich.

a) Die Einigung des Berechtigten[4]), d. h. des bis dahin Be-

[1]) Geschehen durch die preußische allgemeine Justizministerialverfügung vom 20. November 1899. Fischer Grundbuchordnung S. 174. Über die drei Abteilungen §§ 5 ff., Fischer S. 178.

[2]) Ihre Wichtigkeit für Stiftungsgeschäfte betont das R.G. Bd. 47 Nr. 45 S. 204. Auf bloße Vorverträge des dinglichen Vertrages ist diese Regel nicht zu beziehen, Entsch. d. R.G. Bd. 50 Nr. 18 S. 82.

[3]) D. h. mit dinglichen, ihrer Art nach im Gesetzbuche als solchen anerkannten Rechten. Das Reichsgericht (Entsch. Bd. 54 Nr. 64 S. 235) erkennt an, daß dazu auch das persönliche Wohnungsrecht gehört, aber nicht das Recht des Mieters und daß die ungültige Abrede, ein Mietsrecht in das Grundbuch einzutragen, nicht ohne Weiteres in die Einräumung eines Wohnungsrechtes umzudeuten ist. Es ist hierbei aber alles Gewicht auf den Parteiwillen zu legen, also auch das Gegenteil möglich. Empfehlen wird es sich aber in solchen Fällen das gewünschte dingliche Wohnungsrecht als solches ausdrücklich zu bezeichnen.

[4]) Es ist streitig geworden, ob nur der eingetragene Berechtigte gemeint sei. Mit Recht verneint dies das Reichsgericht Bd. 54 Nr. 59 S. 362 ff., insoweit es überhaupt nichteingetragene Berechtigte gibt.

rechtigten oder des Rechtsvorgängers,[1]) und des anderen Teils, d. h. des Erwerbers, über die Rechtsänderung. Also werden sie sich nicht dahin einigen müssen, daß auch die Eintragung stattfinden solle, wie das bei der preußischen Auflassung vorgeschrieben ist, sondern nur über die Rechtsänderung.[2]) Diese Einigung ist eben der dingliche Vertrag oder die dingliche Einigung.

b) Hinzu kommt das formelle Moment: die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch. Regelmäßig geht natürlich die Einigung der Parteien der Eintragung vorauf. Aber es kann auch umgekehrt die Eintragung ihrerseits voraufgehen, denn die Grundbuchordnung in § 19 verlangt zur Eintragung nur, daß derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Also braucht eine Einigung nicht erst in allen Fällen nachgewiesen zu werden.[3]) Vgl. § 879 Abs. 2: „Die Eintragung ist für das Rangverhältnis auch dann maßgebend, wenn die nach § 873 zum Erwerb des Rechtes erforderliche Einigung erst nach der Eintragung zu stande gekommen ist."

Der nächstliegende Fall ist, daß jemand ein Darlehen nehmen und dafür eine Hypothek stellen will und zur Sicherheit des ängstlichen Darlehensgebers diese Hypothek eintragen läßt, ehe er vom Darlehensgeber das Geld bekommt. Dann geht die Eintragung der Einigung über den Erwerb des Pfandrechtes vorauf. Übrigens wirkt die nachfolgende Einigung zurück, wie der zitierte Paragraph schon ausdrückt, und die Eintragung, auf welche die Einigung folgt, ist dann die für die Priorität des Rechts bestimmende Tatsache.

Bedarf nun eine Einigung nicht weiterer Formen? Nur ausnahmsweise, wie wir später sehen werden, beim Eigentum und beim Erbbaurecht. Beim Eigentum ist nach § 925 die Auflassung eingeführt, und ebenso beim Erbbaurecht nach § 1015, weil das Erbbaurecht nach Analogie des Eigentums behandelt wird (§ 1017). Hier ist eine

---

[1]) Bei dem konstitutiven Erwerbe ist hinzuzudenken „des durch die gewünschte Rechtsfolge Betroffenen".

[2]) In der zweiten Abrede ist die erste als selbstverständlich mitenthalten. Das Umgekehrte wird vom R.G. Bd. 54 Nr. 98 S. 382 ebenfalls angenommen, woselbst S. 385 die Ansicht abgelehnt wird, daß der Antrag auf Eintragung sich begrifflich nur an das Grundbuchamt richten kann. Literatur daselbst S. 385 Anm.

[3]) Genaueres hierüber s. b. Biermann, Anm. 2a zu § 873. Grundbuchordnung § 20.

Erklärung vor dem Grundbuchamt in Anwesenheit beider Teile erforderlich. Aber von diesen Ausnahmen abgesehen, kann der dingliche Vertrag oder, wie das Gesetzbuch sagt, die Einigung über die Bestellung eines dinglichen Rechtes formfrei erfolgen.

Diese formfreie Bestellung soll jedoch noch nicht bindend sein; denn § 873 Abs. 2 fügt hinzu: bindend für die Parteien wird aber die Einigung vor der Eintragung nur kraft einer Form, die unter mehreren zu wählen ist. Nämlich wenn:

a) die Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet sind;

b) vor dem Grundbuchamt abgegeben[1]) oder bei diesem eingereicht sind;[2])

c) wenn der Berechtigte dem andern Teil eine den Vorschriften der Grundbuchordnung[3]) entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat.

Wenn keine dieser Formen zur Einigung hinzugekommen ist, so haben wir die äußerst merkwürdige Erscheinung eines dinglichen Vertrages ohne bindende Kraft.

Man fragt, was hat er überhaupt noch für eine Verwendung, wenn er keine bindende Kraft hat? Darauf ist zu sagen, daß z. B. Tod oder Geisteskrankheit einer Partei der Einigung ihren Bestand nicht entzieht.[4]) Es ist eben, wenn man ihn so nennen will, ein noch unvollendeter Vertrag, aber ein Vertrag, der doch auch schon gewisse Wirkungen eines solchen äußert, nur noch keine bindende Kraft hat.

---

[1]) D. h. zu Protokoll, Biermann, Anm. 2d zu § 873.

[2]) D. h. in gehöriger Weise, vgl. Prot. 3 S. 63.

[3]) Grundbuchordnung § 29: „Zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen."

[4]) Vgl. § 828 Abs. 4 des ersten Entwurfs, der dies bestimmte, aber in der zweiten Lesung als selbstverständlich gestrichen worden ist. Vgl. Biermann, Anm. 2 zu § 878, der von Verfügungsbeschränkungen redet und von manchem auch auf nachträglichen Verlust der Geschäftsfähigkeit bezogen wird. Dieser § 878 will denen, die aus einer Einigung oder Bewilligung Rechte herleiten, eine Sicherheit gegen den Konkurs oder die Gläubiger ihres Rechtsurhebers geben, vgl. Biermann, Anm. 1 zu § 878. Darum verlangt er zu diesem Zwecke, daß dessen Erklärung bereits für ihn bindend geworden ist. Dies paßt nicht auf den Fall des Todes oder der eintretenden Geschäftsunfähigkeit oder Minderung der Geschäftsfähigkeit auf Seiten eines solchen Rechtsurhebers, vgl. Biermann a. a. O.

Dernburg nennt dies künstlich.[1]) Das kann man wohl unterschreiben.[2])

Das B.G.B. verlangt in § 873 eine Einigung des Berechtigten und des andern Teils. Dieser Ausdruck „der Berechtigte" ist vorsichtig und mit Überlegung gewählt. Nämlich darnach braucht bei Bestellung eines dinglichen Rechtes, z. B. einer Hypothek, der Besteller nicht notwendig schon Eigentümer zu sein, sondern der Käufer eines Grundstücks, der noch nicht Eigentümer geworden ist, kann bereits eine Hypothek durch dinglichen Vertrag bestellen. Wenn er dann später Eigentümer geworden ist, so wird seine Bestellung realisiert. Das soll in dem vom B.G.B. gewählten Ausdruck liegen.[3])

Die zweite Regel betrifft die Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstück. Diese ist nur um weniges leichter als die Begründung. Mit der Aufhebung ist es merkwürdig streng genommen. Dazu gehört nach § 875

a) statt einer Einigung der Beteiligten die einseitige Verzichtserklärung des Berechtigten, daß er auch sein Recht aufgebe, und weiter

b) die Löschung des Rechtes im Grundbuch.

Dabei kann die Verzichtserklärung nach § 875 Abs. 1 nicht nur gegenüber dem Grundbuchamt abgegeben werden, sondern auch gegenüber dem durch sie Begünstigten. Die gegenüber dem Grundbuchamt abgegebene ist aber sofort bindend,[4]) dagegen die gegenüber dem Be-

---

[1]) Dernburg, Bürg. R. Bd. 3, 2. Aufl. S. 126 § 44, 7. Insofern der Vertrag das Kaufgeschäft in sich schließt und dieser nicht etwa Formvorschriften unterliegt (vgl. § 313) ist er für das Forderungsrecht bindend, für das Sachenrecht aber nur ein Teil eines zur Wirkung nötigen Tatbestandes. Von einem bedingten Geschäfte darf man jedenfalls nicht reden, die Vorschriften des § 160 gelten für die Schwebezeit nicht, vgl. hierzu und über den Standpunkt Eccius oben S. 55 Anm. 1.

[2]) Die Rechtslage ist künstlich, aber nicht zwecklos. Die Einigung hat drei Entwickelungsstufen: 1. Vor der Parteigebundenheit, 2. vor der Eintragung, 3. nach der Eintragung. In diesen Stufen wird der Schutz gegen Vertragsbruch immer vollkommener.

[3]) Biermann bezeichnet hiernach S. 46, Anm. 1 zu § 783, den Berechtigten als den „durch die Eintragung verlierenden Teil".

[4]) Streitig ist, ob sie einer Form bedarf. Literatur s. b. Biermann, Anm. 1a zu § 876. Der Gesetzestext sagt davon nichts. Allerdings soll der Richter nach § 29 der Grundbuchordnung eine Form verlangen. Versäumt er diese Pflicht, so verliert m. E. die formlose Erklärung, mit der er zufrieden ist, ihre Wirksamkeit nicht.

günstigten abgegebene erst dann, wenn ihm eine formelle Löschungsbewilligung ausgehändigt worden ist. Es genügt also nicht ein bloß formloser Verzicht zur Aufhebung einer Grunddienstbarkeit. Wenn ich mich mit dem Nachbar dahin einige, daß er auf ein ihm zustehendes Durchgangsrecht oder auf ein Dachtrauferecht verzichte, so ist er nicht gebunden, sondern muß seinen Verzicht vor dem Grundbuchamt erklären, oder er muß mir eine formelle Löschungsbewilligung ausliefern. Aber in gewissen Fällen muß nach § 876 auch noch die Zustimmung eines Dritten oder — wie man jetzt in der Theorie zu sagen pflegt — „eines Drittberechtigten" hinzukommen; so, wenn das aufzuhebende Recht mit dem Recht eines Dritten belastet ist, dessen Zustimmung. Wenn der Hypothekengläubiger seine Hypothek aufgeben will, auf der eine Afterhypothek ruht, so muß auch die Zustimmung des Afterhypothekars erteilt werden. Wenn aber das aufzuhebende Recht dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstückes zusteht, wie z. B. eine Grunddienstbarkeit, und dieses andere Grundstück mit dem Recht eines Dritten belastet ist, dann ist auch die Zustimmung dieses Drittberechtigten erforderlich (§ 876 Satz 2).[1]) Falls z. B. ein Dachtrauferecht meinem Hause zusteht, so kann ich den damit belasteten Grundnachbarn nur dann wirksam befreien, wenn alle meine Hypothekengläubiger in die Aufhebung dieses Traufenrechtes eingewilligt haben.[2])

Dernburg hält dies für juristisch folgerichtig, aber wirtschaftlich ungemein hemmend.[3]) Die Folge davon, daß die Rechte aus-

[1]) § 876 fügt hinzu: „es sei denn, daß dessen Recht durch die Aufhebung nicht berührt wird." Auf bloße Wertminderungen der Sache, an die das aufzuhebende Recht gebunden ist, bezieht sich dies nicht, vgl. Mot. III S. 465, Denkschrift S. 119. Die Unschädlichkeit der Tilgung eines solchen subjektivdinglichen Rechtes für die am herrschenden Grundstücke Berechtigten kann bei einem geringen Werte dieses Rechtes von vornherein außer jedem Zweifel stehen. Darum kann Biermann nicht zugestanden werden (Anm. 1 zu § 876), daß eine Gefahr bei der Umwandlung eines Rechtes in einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse stets vorliege, sobald ein subjektivdingliches Recht des belasteten Grundstückes fortfalle. Man braucht daher m. E. den angeführten Ausnahmesatz des § 876 nicht einschränkend auszulegen, vgl. hierzu Entsch. d. R.G. Bd. 47 Nr. 36 S. 161.

[2]) Eine formelle Beschränkung des § 876 enthält § 21 der Grundbuchordnung.

[3]) Dernburg, Bürg. R., 2. Aufl. (Bd. III § 44 III, S. 126). Das Erfordernis der Zustimmung des Dritten betrifft übrigens nicht die bindende Kraft, die die Erklärung etwa für ihren Urheber hat, Prot. III S. 72.

nahmslos eingetragen werden müssen, und auch für Grunddienstbarkeiten keine Ausnahme gemacht wird, ist, daß infolgedessen auch die Zustimmung derjenigen, denen an dem Grundstück eine Grunddienstbarkeit aktiv zusteht, erforderlich wird.[1])

Dagegen genügt, wie § 889 besonders hervorhebt und auch aus dem Wesen des Grundbuches folgt, zur Aufhebung eines Rechtes an einem fremden Grundstück niemals die bloße Konfusion.[2]) Mit anderen Worten, es genügt nicht, daß der Grundeigentümer das Recht erwirbt oder umgekehrt der Inhaber des Rechts das Grundeigentum an dem belasteten Grundstück erlangt. Die formelle Buchung hat eben hier die rechtsaufhebende Wirkung der Konfusion. Auch dies wird sich namentlich bei Grunddienstbarkeiten fühlbar machen.

3. Auch schon zur bloßen Änderung des Inhalts eines Rechtes ist dasselbe erforderlich, wie zur Übertragung und Aufhebung (§ 877).[3]) So ist z. B. zur Verwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld die Zustimmung des Afterhypothekars erforderlich. Weiter ist, ein

---

[1]) Eine Erleichterung dieses Erfordernisses der Zustimmung bilden die sog. Unschädlichkeitsatteste, Einf.Ges. Art. 120 Abs. 2 Ziff. 2.

[2]) Ein Fall der eigentumsentwertenden Rechte, die der Eigentümer an der eigenen Sache neben dem Eigentum haben kann, eine Rechtsform, für deren Anerkennung jetzt namentlich Huber eintritt. (Die Eigentümerdienstbarkeit, Festschrift für Fitting, Bern 1902.) Die Befugnisse und Vorteile, die in solchen Fällen einem Eigentümer zufallen, liegen nicht in seinem Eigentum als solchem. Es ist also durchaus folgerichtig, dem Eigentümer hier besondere Rechte neben dem Eigentume zuzuschreiben. Der scheinbaren „Logik", die man dem entgegensetzte, fehlte es an Begriffsschärfe. Der Vorteil der Eigentümerdienstbarkeit zeigt sich namentlich, wenn der Eigentümer das belastete Grundstück weiter veräußern will. Dann erspart er sich die Kosten einer besondern deductio servitutis. Er zeigt sich ferner, wenn das belastete Grundstück der Zwangsversteigerung zu Gunsten von Gläubigern verfällt, deren Recht jünger ist als die Eigentümerdienstbarkeit. Das Grundstück bleibt hier mit ihr belastet. — Das Reichsgericht (Entsch. Bd. 47 Nr. 45 S. 209) kann sich freilich zur Annahme einer wahren Eigentümerdienstbarkeit nicht entschließen, sondern nimmt an, daß im Konfusionsfalle das Recht „ruht und erst bei Lösung der Vereinigung wieder auflebt". Richtig ist, daß diese Hoffnung auf Wiederaufleben nicht durch den gemeinsamen Eigentümer des herrschenden und des dienenden Grundstücks geschaffen werden kann, sondern immer eine vorherige Einigung und spätere Konfusion voraussetzt. Deshalb braucht man ihr aber m. E. den Namen der Eigentümerdienstbarkeit nicht abzusprechen.

[3]) Eine rechtserweiternde Änderung fällt unmittelbar unter § 873. Biermann, Anm. zu § 877, der auf besondere Vorschriften über Rechtsänderungen hinweist.

Beispiel, das nach Dernburg gebildet [1]) ist, zur Verlegung des meinem Hause zustehenden Rechts auf Aussicht, die durch den Neubau des dienenden Hauses verdunkelt werden soll, die Zustimmung aller meiner Hypothekengläubiger erforderlich.

In allen drei Fällen: Bei Erwerb, bei Aufhebung und Inhaltsänderung eines Rechtes, besteht natürlich die Möglichkeit, daß zwischen der Einigung der Beteiligten und der Eintragung im Grundbuch der Besteller des fremden Rechtes oder der, welcher auf sein Recht verzichtet (wie Dernburg sagt, der „Passivbeteiligte"), in seinem Verfügungsrechte beschränkt wird, z. B. durch Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen oder durch Beschlagnahme seines Grundstückes in einer Zwangsvollstreckung u. dgl. m. Nach dem bisherigen Rechte zeigt sich hier, wie bekannt, ein großer Übelstand. Zufolge der alten Konkursordnung (§ 12) konnte nach Eröffnung des Konkurses eine Hypothek nicht mehr mit Wirkung gegen die Konkursgläubiger eingetragen werden. Das hat das Reichsgericht in aller Strenge aufrecht erhalten.[2]) Wenn die Bestellung einer Hypothek und ihre Eintragung beantragt ist, dann aber Konkurs über den Besteller eröffnet wird, die Eintragung aber doch noch erfolgt, so wirkt sie nach der Entscheidung des Reichsgerichts nicht zurück. Diesem Zustande macht nun das B.G.B. ein Ende durch den § 878. Ebenso die neue Konkursordnung § 15. Nach § 878 B.G.B. ist bestimmt, daß eine solche Beschränkung die Erklärung des Beschränkten nicht unwirksam macht, wenn nur die Erklärung bereits für ihren Urheber bindend geworden und die Eintragung beim Grundbuchamt schon beantragt war. Dann soll also die Eröffnung des Konkurses über den Besteller nicht mehr schaden. Das ist ein großer Fortschritt. Nach dem bisherigen Recht stand es eigentlich so, daß man ein Darlehen auf eine Hypothek mit voller Sicherheit niemals auszahlen konnte, ehe nicht die Eintragung erfolgt war.[3])

Die Konkursordnung enthält in § 15 eine damit zusammenhängende Änderung: „Rechte an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen,

[1]) Dernburg, Bürg. R., 2. Aufl., Bd. 3 S. 128 § 44 IV.

[2]) Entsch. des R.G. Bd. 28 S. 288.

[3]) Auf Vormerkungen bezieht sich der § 878 nicht. Biermann, Anm. 4 zu § 879, vgl. § 14 der Konkursordnung. Die Tragweite der im Texte genannten Vorschriften behandelt das Reichsgericht Bd. 51 Nr. 69 S. 287 und stellt fest, daß durch sie die Anfechtung im Konkurse nicht grundsätzlich ausgeschlossen sein soll. Auf Zustimmungen dritter Personen zu den in § 878 genannten Erklärungen bezieht das R.G. Bd. 52 Nr. 105 S. 416 diese Vorschrift nicht.

sowie Vorzugsrechte und Zurückbehaltungsrechte in Ansehung solcher Gegenstände können nach der Eröffnung des Verfahrens nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden".[1]) Das stimmt mit dem bisherigen Rechte überein. Aber „die Vorschriften der §§ 878, 892, 893 und des § 1260 des B.G.B. bleiben unberührt." Es soll also unserem § 878 keinerlei Riegel vorgeschoben werden.

In dem Gesagten liegen wichtige Folgesätze, die im B.G.B. nicht ausdrücklich ausgesprochen, aber mit Sicherheit daraus zu entnehmen sind.

1. Unberührt bleiben von den angegebenen Bestimmungen des B.G.B. andere als rechtsgeschäftliche Erwerbungen. Es werden also, wie man a potiori zu sagen pflegt, nur freiwillige Besitzveränderungen betroffen. Dagegen die durch Erbgang, durch Zwangsvollstreckung, durch Enteignung und dergleichen mehr erfolgten Besitzveränderungen werden vom B.G.B. nicht berührt.[2])

2. Das B.G.B. erfordert, wie wir gesehen haben, neben der Eintragung bzw. Löschung auch eine Einigung resp. Verzichtserklärung, also doch eine Willenserklärung. Hiernach bewirkt die Eintragung nicht aus eigener Kraft eine Rechtsveränderung. Die Folge ist natürlich, daß eine unrichtige Eintragung nur formales Recht, wenn man so sagen will, Buchrecht schafft, nicht materielles Recht. Dann entsteht zwischen formalem Buchrecht und der wirklichen Rechtslage ein Konflikt. Die Lösung dieses Konfliktes wird in § 11 zu betrachten sein.

3. Die Wirksamkeit des dinglichen Vertrags bleibt, da er eben ein abstrakter Vertrag ist, unberührt von etwaigen Mängeln des Kaufgeschäfts, wie das schon im preußischen Recht gilt. Ist infolge eines Kaufs die Übertragung eines Grundstücks in das Eigentum eines andern erklärt, aber der Kaufvertrag selber nichtig oder doch anfechtbar, so hat der Käufer nur eine persönliche Forderung gegen den Verkäufer auf Rückgängigmachung des Eigentumswechsels. Dieser ist an sich mit der Eintragung eingetreten. Natürlich aber kann der dingliche Vertrag selber von dem Mangel mit betroffen sein. Dann kann eben auch die Eintragung nichtig und anfechtbar sein und direkt beseitigt werden. Darauf wird ebenfalls in § 11 zurückzukommen sein.

[1]) Vgl. über die Tragweite dieser Vorschrift Entsch. d. R.-G. Bd. 53 Nr. 87 S. 350 ff.

[2]) Vgl. hierüber Biermann, Anm. 5 zu § 873.

§ 9.

2. Das Rangverhältnis eingetragener Rechte.

Das Rangverhältnis eingetragener Rechte ist der schwierigste Punkt in dieser Lehre. Unter mehreren Rechten an demselben Grundstück bestimmt sich natürlich[1]) der Vorrang im allgemeinen nach dem formalen Kriterium der Eintragung, also bestimmt die frühere Eintragung den höheren Rang. Fragt man aber, welches Recht das früher eingetragene sei, so ergibt sich das, wie es auch das B.G.B. in § 879 bestimmt, in jeder einzelnen Abteilung durch die bloße Reihenfolge der Eintragungen.[2]) Für Rechte aber, die in verschiedenen Abteilungen gebucht sind, ergibt es der Tag ihrer Eintragung, und wenn der Tag bei den verschiedenen Rechten derselbe ist, dann rangieren sie gleich.[3]) Die Eintragung entscheidet hiernach auch dann, wenn die Einigung, was wir vorher als möglich kennen gelernt haben, erst später nachgefolgt ist (§ 879 Abs. 2); denn der inzwischen neu Eingetragene kannte ja das bereits vor ihm eingetragene Recht und muß es darum auch gegen sich gelten lassen, wenn die Einigung später nachfolgt.

Ebenso ist es, wenn eine Bedingung erst später erfüllt wird.[4]) In allen Fällen ist die Eintragung das bestimmende Moment.

Die Eintragung bleibt zunächst auch dann entscheidend, wenn ein Richter sie aus Versehen zu Gunsten des einen und zum Nachteil des anderen vorgenommen hat. Wenn der Richter etwa, während der Antrag des A auf Eintragung der Hypothek früher eingegangen ist und B's Antrag später, trotzdem B vor A eingetragen hat, so hat B nur einen persönlichen Anspruch auf Berichtigung, wenn nämlich ein Grund für diesen Anspruch vorliegt. Der Grund kann nun grundlose Bereicherung sein, aber diese ist keineswegs immer und allgemein vorhanden.

Bekanntlich hat das Reichsgericht in einem Falle, wo ein solches Versehen vorgekommen war, folgendes entschieden: Eine Hypo-

[1]) Diese „Natürlichkeit" entlehnt Eck jedenfalls dem Gedanken an den öffentlichen Glauben des Grundbuches.

[2]) Unterlassene Datierung ist gleichgültig. Biermann, Anm. 1 zu § 879.

[3]) Ausnahmen dieser Regeln s. bei Biermann, Anm. 4 u. 5 zu § 879 und insbesondere Anm. 6 über das Rangverhältnis der Rechte an Grundstücksrechten.

[4]) Eck meint, daß die Eintragung des bedingten Rechtes diesem seine Rangstelle nach der Eintragungszeit vor später eingetragenen unbedingten Rechten sicherstellt.

thek war irrtümlicherweise nachträglich, secundo loco, eingetragen und dem Gläubiger der Brief hierüber ausgehändigt worden; dieser hatte dafür die Darlehnsvaluta hingegeben. Er konnte eine Berichtigung nicht mehr verlangen, denn er hatte ja mit Kenntnis seiner Eintragung an zweiter Stelle die Darlehensvaluta gezahlt, also nicht aus Irrtum oder aus einem anderen Willensmangel.

Zu einer Abweichung von den angegebenen Vorschriften über die Priorität ist natürlich in der Regel die Eintragung in das Grundbuch notwendig (§ 879 Abs. 3).[1]) Aber jene Abweichung kann auch nachträglich bestimmt werden, und zwar durch zwei Institute, die beide von großer Bedeutung sind.

a) Durch Abtretung des Ranges von dem Berechtigten an den Nachberechtigten. Das ist die bekannte Prioritätszession (§ 880).

b) Auf Grund einer, dem Grundeigentümer vorbehaltenen Befugnis, ein dem Umfang nach bestimmtes Recht noch nachträglich mit Vorrang vor einem andern eintragen zu lassen (§ 881). Das nennt man Prioritätsvorbehalt.

Was die Prioritätszession betrifft, — natürlich braucht das B.G.B. nicht diesen Ausdruck, aber er ist jedem geläufiger als Vorrangseinräumung —, so ist nach § 880 Abs. 2 in der Regel nur die Einigung des Zurücktretenden und des Vortretenden, und weiter die Eintragung der Rangänderung erforderlich.[2]) Jedoch ist beim Zurücktreten einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld außerdem die Zustimmung des Eigentümers erforderlich, nämlich wegen seiner Anwartschaft auf das Erlöschen der Hypothek oder auf den Erwerb der Hypothek als einer Eigentümerhypothek.[3]) Wenn das Recht des Zurücktretenden zu Gunsten eines Dritten belastet ist, wenn also etwa auf der Hypothek des Zurücktretenden eine Afterhypothek ruht, so ist natürlich auch die Zustimmung dieses Dritten erforderlich (§ 880 Abs. 3). Dagegen ist die Zustimmung etwaiger Zwischenberechtigter nicht erforderlich.[4]) Wenn also für A, B, C Hypotheken eingetragen sind, und A dem C den Vorrang einräumen will, so braucht B nicht zu

[1]) Der nach Planck, Anm. 4a S. 85 eine Einigung vorhergehen muß.

[2]) Über die Form der Eintragung vgl. Biermann, Anm. 1b zu § 880.

[3]) Eine Ausnahme bestimmt § 1151 für die Rangänderung der Teilposten einer Forderung.

[4]) Anders die erste Lesung Entw. I § 841, vgl. Prot. III S. 95.

konsentieren. Dafür bleibt aber auch die Rechtslage der Zwischenberechtigten von der Rangänderung unberührt (§ 880 Abs. 5).

Im preußischen Recht schwebt bekanntlich immer noch die Streitfrage, ob die Wirkung der eingetragenen Rangabtretung bloß eine obligatorische oder relative sei, also nur eine Verpflichtung des Zurücktretenden, seinen Vorrang gegen den Vortretenden nicht geltend zu machen, oder ob die Wirkung vielmehr eine dingliche, eine absolute sei, ob also die Prioritätszession einen dinglichen Stellentausch oder Platzwechsel bewirke, eine Verdrängung des einen Rechts durch das andere aus der Rangstellung, und ob auch gegen dritte Personen die Prioritätszession wirksam sei. Diese Frage entscheidet das B.G.B. im letzteren Sinne (§ 880 Abs. 4).[1]) Denn dort wird eine wichtige Konsequenz dieser Auffassung ausgesprochen. Wenn das zurücktretende Recht durch Rechtsgeschäft erlischt, z. B. durch Verzicht, dann behält trotzdem das vorgetretene seinen neuen Rang. Natürlich kann es diesen Rang nur behalten, wenn die Einräumung nicht bloß obligatorisch wirksam war, also nicht bloß gegenüber dem zurücktretenden Recht, das inzwischen erloschen ist.

Man wird aber die Worte: „durch Rechtsgeschäft" in § 880 Abs. 4 betonen müssen. Also muß man anders entscheiden, wenn das zurückgetretene Recht kraft Gesetzes erlischt.[2]) Wenn das zurückgetretene Recht ein Nießbrauch war, der durch den Tod des Nießbrauchers erlischt, so ist der Gedanke offenbar der: Der Vorrang kann nicht länger dauern, als das zurückgetretene Recht selber den Vorrang hätte behaupten können, und mit dem Tode des Nießbrauchers war der Vorrang des zurückgetretenen Rechts erloschen.[3]) Hier kann man nun die Frage an-

[1]) Prot. III S. 98, „nach der Auffassung des Verkehrs sei der Rang ein selbständiges wirtschaftliches Gut geworden." Eine bloß obligatorische Vorrechtseinräumung ist daneben möglich. Streitig ist, ob man sie eintragen kann. Dagegen m. E. mit Recht Biermann, Anm. 4 zu § 880, da der Kreis der eintragbaren Rechte ein geschlossener ist.

[2]) So die Denkschrift S. 121. In diesem Falle scheint man also den Gedanken, den Rang als ein selbständiges wirtschaftliches Gut zu betrachten, nicht festgehalten zu haben. Dieser Gedanke war wohl auch weniger leitend, als das Streben, den Vorrangseinräumungen eine erhöhte Kraft und Brauchbarkeit zu geben; eine der vielen modernen Unterstützungen des Realkredits.

[3]) Sonst könnte der Nießbraucher kurz vor seinem Tode durch Veräußerung seiner Rangstellung einen unlautern Erwerb erzielen. — Biermann erklärt daher Anm. 3 zu § 880 nach Fuchs die Rangänderung des B.G.B. für eine auflösend

knüpfen, — die merkwürdigerweise in den meisten Lehrbüchern nicht erörtert ist — wie es sich verhalte, wenn umgekehrt das vorgetretene Recht erlösche? Dann können die Zwischenberechtigten nicht aufrücken; denn ihre Rechtslage soll unberührt bleiben. Also folgt, daß dann das zurückgetretene Recht seinen alten Rang wieder einnimmt. Auch wenn das vorgetretene Recht nicht durch Rechtsgeschäft, sondern kraft Gesetzes erloschen ist, erwirbt das zurückgetretene Recht seinen alten Rang wieder.

Eine bekannte, weitere Konsequenz aus der absoluten Natur der Prioritätszession ist in Preußen durch ein besonderes Gesetz (vom 30. Mai 1890) schon festgestellt worden, daß bei Zwangsversteigerung die vorgetretene Hypothek in das geringste Gebot aufzunehmen ist und nicht die zurückgetretene.

In dieser Weise soll auch für uns die Prioritätszession als dingliche und absolut wirkende zum Durchbruch kommen.

d) Der Prioritätsvorbehalt.[1]) Die dem Grundeigentümer vorbehaltene Befugnis zur Gewährung des Vorranges muß bei dem Recht des Zurückgetretenen eingetragen sein. Diese Befugnis geht aber, wenn sie eingetragen ist, auch bei einer Veräußerung des Grundstückes auf einen neuen Erwerber über (§ 881 Abs. 2 u. 3). Darum wird z. B., wenn das Grundstück subhastiert wird, die Befugnis, einem Dritten einen Vorrang einzuräumen, von dem Subhastaten auf den Ersteher übergehen.

Nun bleibt noch der § 881 Abs. 4 zu behandeln, über den schon viel geschrieben worden ist.[2]) Er behandelt den verwickelten und schwierigen Fall, daß noch vor der Eintragung desjenigen Rechts, für das von dem Grundeigentümer ein Vorbehalt gemacht war, eine Zwischeneintragung stattgefunden hat. Beispiel: Primus ist eingetragen mit 1000 M., aber für tertius ist eine Priorität in Höhe von gleichfalls 1000 M. vorbehalten. Inzwischen, ehe noch tertius seine Hypo-

---

bedingte gegenseitige Rangabtretung. „Auflösende Bedingung ist das Erlöschen eines der beiden Rechte, ausgenommen den Fall des rechtsgeschäftlichen Erlöschens des zurücktretenden Rechts." M. E. ist diese Bedingung eine conditio juris und das Geschäft daher als unbedingtes zu behandeln.

[1]) Auch Rangvorbehalt genannt, vgl. Biermann zu § 881.

[2]) Vgl. die Literatur bei Biermann, Anm. 2 zu § 881; eine Einigkeit über die für diese Gesetzesstelle richtigen Berechnungen liegt keineswegs vor. Vgl. namentlich Spahns Bemerkung 1 zu den Protokollen Bd. 3 S. 101.

thek eintragen läßt, läßt secundus eine Zwangshypothek von wieder 1000 M. eintragen und nun erst nach der Zwangshypothek des secundus der tertius seine 1000 M., die ihm für die Priorität vor primus vorbehalten waren, so daß im ganzen auf dem Grundstück 3000 M. stehen. Es fragt sich, wie werden bei der Zwangsversteigerung die Kaufgelder verteilt?

Nach § 881 Abs. 4 kann der Vorbehalt, der zu Gunsten des tertius gemacht war, hier nicht bewirken, daß primus infolge der Zwischenhypothek des secundus einen Nachteil erleidet, der noch über den für tertius gemachten Vorbehalt hinausginge. Also können dem primus von den Kaufgeldern immer nur 1000 M. vorweggenommen werden, denn nur für diese Summe von 1000 M. war dem andern einzutragenden Rechte des tertius der Vorrang vor primus vorbehalten.

Betragen demnach die Kaufgelder bei der Zwangsversteigerung gerade 1000 M., so bekommt diese 1000 M. der tertius allein und primus und secundus fallen einfach aus; denn jeder hatte ja erst einen Anspruch hinter 1000 M.

Setzen wir aber, daß die Kaufgelder 1100 M. betragen, so bekommt jedenfalls secundus 100 M., weil ihm nur 1000 M. vorgingen, als er seine Zwangshypothek erwarb,[1]) und der Vorbehalt, der gegenüber der Hypothek des primus zu Gunsten des tertius bestand, die Rechte des secundus nicht berühren kann.[2]) Die übrigen 1000 M. kann aber tertius nicht allein erhalten, denn sonst würden dem primus nicht bloß 1000 M., sondern 1100 M. vorweggenommen werden, und das würde über den Sinn des Vorbehalts hinausgehen.[3]) Vielmehr kann tertius die übrigen 1000 M. nur mit Abzug der dem secundus gebührenden 100 M. erhalten, d. h. nur 900 M.

Also tertius bekommt 900 M., secundus 100 M. und primus 100 M. Je höher nun die Kaufgelder steigen, desto mehr entfällt von

[1]) Nach Biermanns Beispiel 2 zu § 881, das andere Zahlen enthält, würde, wenn ich es recht verstehe, secundus nichts bekommen und der Betrag von 100 M. an primus fallen.

[2]) Das Gegenteil wäre immerhin denkbar, wenn das Gesetz es bestimmte, aber es würde dies den Eigentümern eine bedenkliche Waffe gegen drohende Zwangshypotheken geben. Durch einen Rangvorbehalt bei einer Hypothekbestellung könnte er ihre bevorstehende Eintragung im voraus entwerten.

[3]) Auf den Fall der Eintragung des secundus ist m. E. der Vorbehalt überhaupt nicht zu beziehen; denn an diesen ist wohl nicht gedacht worden.

dieſen auf den secundus, und deſto ſtärker wird zugleich der Abzug, den der tertius erleidet. Wenn alſo die Kaufgelder 2000 M. betragen, dann bekommt secundus ſeine vollen 1000 M., denn nur 1000 M. gehen ihm vor. Aber mehr als 1000 M. dürfen auch dem primus nicht vorweggenommen werden, alſo müſſen die übrigen 1000 M. an primus fallen[1]) und der vorbehaltsberechtigte tertius geht dann leer aus.[2])

Dieſes Ergebnis wirkt, wie ich glaube, etwas befremdend, beſonders, wenn man es vom Standpunkt des tertius aus betrachtet. Man möchte doch meinen, der tertius könne nicht durch die Steigerung der Kaufgelder immer ſchlechter zu ſtehen kommen, ſo daß er zwar, wenn nur 1000 M. Kaufgeld gelöſt werden, die ganzen 1000 M. bekommt, dagegen wenn 2000 M. gelöſt werden, garnichts. Und doch iſt das unzweifelhaft nach der Beſtimmung des B.G.B. der Fall. Denn der vorbehaltsberechtigte tertius ſoll eben ſeinerſeits den Nachteil der Zwiſchenhypothek, die inzwiſchen erwirkt worden iſt, tragen.[3]) Das iſt der Gedanke des Abſ. 4. Daher wirkt alſo der zu Gunſten des tertius gemachte Vorbehalt um ſo ſchwächer, je mehr von dem Kaufgeld auf den secundus entfällt, denn um ſo weniger bleibt des-

---

[1]) Dem ſtimme ich nicht bei. § 881 Abſ. 4 geht m. E. nur davon aus, daß primus zwar keine über den Vorbehalt hinausgehende Beeinträchtigung, aber immerhin eine ſolche von 1000 jedenfalls erleiden muß.

[2]) M. E. betrifft § 881, 4 nur den Fall, daß tertius von vornherein weniger erhalten ſoll als primus, und beſtimmt, daß secundus dem primus dieſe Differenz nicht nehmen darf. Beiſpiel: Primus 1000, secundus 1000, tertius 800, Kaufgelder 1500. Hier darf primus nicht völlig ausgeſchloſſen werden, ſo daß etwa tertius ſeine 800 und secundus die übrigen 700 erhielte. Vielmehr bekommt tertius 800, primus 200, secundus 500. Es wird nur der Gedanke abgewehrt, den secundus einen Vorteil daraus ziehen zu laſſen, daß tertius mit einer kleineren Forderung, als primus hatte, an deſſen Stelle tritt, wozu man etwa kommen könnte, wenn man die erſte Rangſtelle als unteilbar anſehen wollte.

[3]) Das ſteht m. E. nicht im Texte. Primus ſoll nur nicht hinſichtlich der auf ſeine Forderung fallenden Summe durch secundus ſchlechter geſtellt werden, als er bei einer Befriedigung des tertius aus den Kaufgeldern hinſichtlich dieſer Summe geſtanden haben würde, wenn ein secundus überhaupt nicht vorhanden wäre. Zu weit m. E. Biermann, Anm. 2 zu § 881: „Er ſoll nicht ſchlechter geſtellt werden, als wenn die Zwiſchenpoſten nicht eingetragen worden wären." Biermann möchte hierbei nicht den beſchränkenden Zuſatz: „hinſichtlich des Betrages, der auf ſeine Forderung fällt." Darum kommt er zu einem Ergebniſſe, gegen das der Inhalt der vorigen Anmerkung ſpricht.

wegen von den 1000 M., die dem primus vorweggenommen werden dürfen, für ihn übrig.

Wenn man festhält, daß der vorbehaltsberechtigte tertius den Nachteil der ausgewirkten Zwischenhypothek tragen soll, so wird man zu der angegebenen Entscheidung mit Sicherheit kommen.

§ 10.

3. Schutzeintragungen.[1])

Es gibt auch nach dem B.G.B. vorläufige oder Schutzeintragungen zur Sicherung eines Anrechts[2]) gegen die Gefahr, daß dieses Anrecht noch vor seiner endgültigen Eintragung durch Veräußerung oder durch Belastung des Grundstücks vereitelt werde.[3]) Durch solche Vormerkungen wird eine noch schnellere Hilfe erzielt, als sie durch Arrest zu erreichen wäre, und außerdem bietet eine solche vorläufige Eintragung ein Surrogat für das in das B.G.B. nicht übergegangene ius ad rem des preußischen Rechts, wenigstens bei Immobilien, während freilich bei beweglichen Sachen etwas derartiges nicht existiert.[4])

[1]) Unerwähnt läßt Eck den § 882. Vgl. über diesen Biermann.

[2]) auf einen Rechtserwerb oder auf die Befreiung von einer drückenden Last.

[3]) Dieser Rechtszweig ist erst in der zweiten Lesung in seiner jetzigen Gestalt entwickelt (Biermann, Anm. 1 zu § 883). Darum ist seine Einfügung in das Rechtssystem und der leitende Gesichtspunkt zur Ausfüllung der für die Praxis offen gelassenen Lücken (Otmer, die rechtl. Wirk. der Vormerkung S. 2) zweifelhaft geblieben. Vgl. namentlich Biermann, Widerspruch und Vormerkung nach deutschem Grundbuchrecht, Jena 1901, und Otmer, die rechtliche Wirkung der Vormerkung, Breslau 1902, der die Literatur eingehend bespricht und S. 115 eine Übersicht über sie gibt.

[4]) Dies ist streitig. Die Behauptung, daß die Vormerkung ein ius ad rem erzeuge, ist mehrfach aufgestellt (von Gierke, Dernburg, Lehmann u. a.), dagegen auch angefochten worden, vgl. Biermann, Kommentar zum Sachenrecht, Anm. 2 zu § 883, Otmer a. a. O. S. 40. Es sind hier zwei Fragen zu unterscheiden. 1. Fallen die Rechtsfolgen der Vormerkung, von denen § 883 Abs. 2 ausdrücklich redet (Hemmung der vormerkungswidrigen Verfügungen) unter den Begriff einer actio in rem scripta oder eines ius ad rem? Beides ist zu verneinen; denn Unwirksamkeit von Eintragungen ist etwas anderes als obligatorische Haftung der Rechtsnachfolger. 2. Will § 883 die durch Vormerkung gesicherten obligatorischen Ansprüche auch gegen die Rechtsnachfolger der Eingetragenen durch die Vormerkung mit verpflichtender Kraft ausstatten? Dies wäre möglich und vielleicht den gesicherten Gläubigern erwünscht, doch enthält der Text hiervon kein Wort. Also ist es zu verneinen. Darum kann man auch nicht das im B.G.B. verworfene dingliche Wiederkaufsrecht als Vormerkung durch eine Hintertür einschleppen, vgl.

Das B.G.B. kennt nun zwei Arten solcher Schutzeintragungen, die zum Teil neu gestaltet sind: die eine ist die Vormerkung und die andere ist der Widerspruch (s. den folgenden Paragraphen).

Die Vormerkung (§§ 883—888) dient im Unterschied vom Widerspruche zur Sicherung eines persönlichen Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines dinglichen Rechts an einem Grundstück (§ 883 Abs. 1.)[2]) Die Vormerkung ist auch dann statthaft, wenn der Anspruch nur ein bedingter oder ein betagter ist.[2]) Das ist besonders

Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht, Bd. I S. 153 § 883 Anm. 2, 1 und des Herausgebers allg. Teil § 92 III Anm. 1 S. 420. Meine dort geäußerten Bedenken gegen Dernburg, Bürg. Recht III § 50, S. 150, 151, möchte ich in folgender Weise einschränken: Wird ein Wiederkaufsanspruch vorgemerkt, und sodann das Grundstück einem Dritten aufgelassen, so wird dieser zwar nicht verpflichtet, den Anspruch zu erfüllen und haftet z. B. nicht für Verschlechterungen des Grundstücks. Wohl aber muß er einer Zwangsvollstreckung in das Grundstück zustimmen (§ 888), wenn sein Verkäufer zur Auflassung aus dem Wiederkaufe verurteilt ist. Die Eintragung seines Eigentums wird dann durch die Vormerkung entkräftet. Eine Verdinglichung des Wiederkaufsrechts ist das noch nicht, wenn es auch an sie im Hauptpunkte heranstreift. (In solchen Fällen vereinfacht der Dritte die Sachlage sehr, wenn er dem Wiederkaufsberechtigten gegenüber, statt der Auflassung bloß zuzustimmen, sie einfach vornimmt. Nach § 267 genügt dies, vgl. Biermann, Anm. 7 zu § 888, aber auch Planck, Anm. 2 a S. 102. Zweifel erweckt in dieser Hinsicht das vom Reichsgerichte Entsch. Bd. 53 S. 30 Bemerkte.) Vgl. auch Biermann 4 zu § 1094.

[1]) Auch Biermann bemerkt Kommentar S. 64: „Die Vormerkung ist ein Grundbuchvermerk, der die Verwirklichung der in § 883 genannten Ansprüche in dinglicher Weise sichert." Damit ist freilich die Art der Sicherung noch nicht festgestellt, vgl. Otmer S. 2. Das dingliche Vormerkungsrecht ist ein Seitenstück zu dem dinglichen Vorkaufsrechte. Beide entwerten das Grundstück (die Vormerkung, die sich nur gegen ein dingliches Recht kehrt, z. B. den Anspruch auf seine Löschung sichert, entwertet dieses Recht). Beide entwerten dauernd, aber nicht durch eine sofort mögliche Rechtsausübung, vielmehr nur durch das Drohen einer solchen, deren Eintritt zunächst noch ungewiß ist. Die Rechtsausübung, welche droht, besteht aber bei beiden darin, daß der durch das Recht Beschränkte in seiner Verfügungsgewalt gehemmt wird. Diese Hemmung ist aber bei den Vorkaufsrechten, wie bei den Vormerkungsrechten keine unmittelbare, d. h. die einem solchen Rechte widersprechende Verfügung soll nicht null und nichtig sein. Der Erfolg einer solchen Verfügung ist aber in beiden Fällen zu Gunsten des Vorkaufs- oder Vormerkungsberechtigten vom Gesetze für mangelhaft erklärt und mit Nebenfolgen ausgestattet, die den Parteien unerwünscht sind. Des näheren sind freilich diese Nebenfolgen verschiedene bei dem Vormerkungsrechte und bei dem dinglichen Vorkaufsrechte.

[2]) Ja sogar, wenn er ein bloß künftiger ist. Es werden also nicht bloß Ansprüche durch Vormerkungen gesichert, sondern auch bloße Erwartungen. Allerdings muß ein tatsächlicher Anlaß zu einer derartigen Erwartung vorliegen; denn das Recht ist überall nur ein Interessenschutz.

wichtig um deswillen, weil eine Auflassung, wie wir später sehen werden, nicht mit einer Bedingung oder Betagung versehen werden kann.

Der Widerspruch dagegen (§ 899) dient zur Sicherung eines dinglichen Rechts, aber eines solchen, das noch nicht eingetragen oder schon gelöscht ist.[1])

Obwohl der Name Vormerkung jedem preußischen Juristen geläufig ist, so stellt die Vormerkung des B.G.B. doch insofern ein neues Institut dar, als wir auf Grund eines bloß persönlichen Anspruchs keine Vormerkung in Preußen kannten.

Erlangt wird nun die Vormerkung auf zweierlei Weise 1. entweder auf Grund einer Einwilligung desjenigen, der durch die Vormerkung gebunden werden soll. Es ist ein sehr häufiger Fall, daß schon in obligatorischen Verträgen solche Vormerkungen einzutragen gestattet wird. Ein in der Literatur immer wiederkehrendes Beispiel ist der Ankauf eines Grundstücks vom Staat oder einer Kommune unter der Bedingung, daß der Landtag oder die Stadtverordnetenversammlung den Kauf genehmigen werde. Aber zur Sicherung dieses einstweilen noch bedingten Anspruchs läßt sich der Käufer das Recht auf eine Vormerkung an dem Grundstück sogleich einräumen, um in Bezug auf den künftigen Erwerb sicherer zu sein. Diese Eintragungsbewilligung dessen, der gebunden werden soll, kann natürlich auch durch ein vorläufig vollstreckbares Urteil ersetzt werden, das dann ein Surrogat der Eintragungsbewilligung bildet.

2. Der andere Grund für die Eintragung einer Vormerkung besteht in einer einstweiligen Verfügung, die also nach den Regeln der C.P.O.

---

[1]) Der Gegensatz deckt sich nicht mit der alten Unterscheidung protestatio pro conservando jure et loco und protestatio de non amplius intabulando. Die Vormerkung dient zuweilen beiden Zwecken, ja man kann sogar sagen, daß in ihr immer auch ein „Widerspruch" gegen die Vollkraft von Eintragungen gewisser Art liegt (§ 883 Abs. 2), freilich nur gegen die Vollkraft zukünftiger Eintragungen, nicht aber wider den gegenwärtigen Inhalt des Grundbuchs. Umgekehrt hießen in der ersten Lesung die Widersprüche Vormerkungen; denn auch sie sind Vermerke, die einem späteren Erfolge (der Berichtigung des Buches) vorarbeiten. Daher macht die Redeweise des Gesetzbuchs Schwierigkeiten. Man könnte die vorbereitenden Einträge zu Erwerbszwecken (Vormerkungen) von solchen zu Berichtigungszwecken unterscheiden. Über Verwechselungen beider s. Biermann, Anm. 5 zu § 885. — Übrigens geschieht die Vormerkung nicht bloß pro conservando jure, sondern (z. B. bei dem Anspruche auf eine Löschung) auch pro conservanda libertate, freilich immer pro conservando commodo futuro.

erlassen wird. Dabei braucht nun nach dem § 885 Abs. 1 nicht wie sonst bei einstweiligen Verfügungen nach § 935 C.P.O. eine Besorgnis vorhanden zu sein, daß das Recht gefährdet oder vereitelt werden könnte, also auch nicht eine solche Gefährdung glaubhaft gemacht zu werden.[1]) Zur einstweiligen Verfügung des Richters muß natürlich noch ein Antrag hinzukommen, die Vormerkung im Grundbuch einzutragen.

Die Gr.B.O. bestimmt in § 13 Abs. 2, daß antragsberechtigt derjenige ist, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, oder der, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll. Im ersten Augenblick kann es befremden, daß hiernach eine Vormerkung leichter zu erwirken ist als ein Arrest und dergl. Allein eine besondere Gefährdung braucht hier vom Antragsteller deshalb nicht erwiesen zu werden, weil das ganze Grundbuchinstitut immer Gefährdungen von Ansprüchen auf Erlangung oder Aufhebung dinglicher Rechte mit sich bringt und immer dadurch, daß inzwischen andere Rechte eingetragen werden können, das uneingetragen gebliebene Recht gefährdet wird.

Die Wirkung der eingetragenen Vormerkung ist nach § 883 Abs. 2 und 3 und ergänzenden Bestimmungen eine mehrfache, und auch außerhalb dieses Paragraphen werden ihr noch Wirkungen beigelegt.

1. Zunächst besteht ihre Kraft in der Unwirksamkeit jeder späteren Verfügung in Bezug auf das Grundstück, insoweit als diese Verfügung den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde, und zwar sind diese weiteren Verfügungen auch dann ohne volle Wirksamkeit,[2]) wenn sie im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen (§ 883 Abs. 2). Denn § 883 Abs. 2 lautet: „Dies gilt auch, wenn die Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt."

2. Die Rangbestimmung für das beanspruchte Recht erfolgt nach

---

[1]) Irgend ein vernünftiger Anlaß zu dem Antrage auf Erlaß der Verfügung wegen eines bloß zukünftigen Anspruchs muß aber trotzdem vorliegen. Dies folgt schon aus § 226.

[2]) Der Mangel an Wirksamkeit tritt aber nicht ipso jure ein, sondern dadurch, daß die unbequeme Verfügung in ihrem Werte dadurch gemindert wird, daß den Erwerbern die Zustimmungspflicht des § 888 auferlegt wird. Natürlich sind auch die Veräußerer bei vormerkungswidrigen Einträgen verpflichtet, der Aenderung des Grundbuches zuzustimmen und ebenso nach dem Texte der Konkursverwalter.

dem Zeitpunkt der Vormerkung, also auch der Rang ist durch die Vormerkung dem gesicherten Recht garantiert (§ 883 Abs. 3).[1])

An anderer Stelle sind noch weitere Wirkungen hervorzuheben. Nämlich es wird der Anspruch, soweit er durch die Vormerkung gesichert ist, auch unempfindlich gegen gewisse Ereignisse, die ihn sonst beschränken würden. Z. B. nach § 884 kann der Erbe, der durch eine Vormerkung belastet ist, sich nicht auf seine beschränkte Haftung berufen, mit anderen Worten, er kann den bereits bis zur Vormerkung gediehenen Anspruch nicht auf die Quote herabsetzen, die er den übrigen Erbschaftsgläubigern zahlt. Die Vormerkung hat dem Anspruch bereits eine stärkere Kraft verliehen.[2]) Weiter kann nach § 24 der K.O. der Berechtigte auch vom Konkursverwalter Befriedigung für den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch verlangen. „Ist zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes an einem Grundstücke des Gemeinschuldners oder an einem für den Gemeinschuldner eingetragenen Recht oder zur Sicherung eines Anspruchs auf Änderung des Inhalts oder des Ranges eines solchen Rechts eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen, so kann der Gläubiger von dem Konkursverwalter die Befriedigung seines Anspruchs verlangen." [3]) Endlich kann nach § 888 der durch die Vormerkung Gesicherte sogar von dritten Eingetragenen, soweit deren Recht ihm gegenüber unwirksam ist, fordern, daß sie zur Verwirklichung seines Anspruchs durch Eintragung oder durch Löschung ihre Zustimmung erteilen.[4]) Natürlich; denn ohne Zustimmung der anderen wäre unter

[1]) Bei dem vorgemerkten Anspruche auf Löschung wird den nacheinzutragenden Rechten der Rang vor dem eingetragenen zu löschenden gesichert oder m. a. W. die Befreiung des Grundeigentümers von der Rücksicht auf das zu löschende Recht bei seinen weiteren Verfügungen. Zugleich mit dem gegenwärtigen Anspruche finden also auch zukünftige Rechtsfolgen in der Vormerkung eine Sicherheit.

[2]) Über die Erben Dritter nach § 888 Zustimmungspflichtiger s. Biermann, Anm. 2 zu § 884.

[3]) Näheres bei Biermann, Anm. 3c zu § 883. Dieses Vorrecht der Vormerkungsberechtigten ist ein Seitenstück des Aussonderungsrechts, das den Pfandgläubigern zusteht. Die gesicherte Forderung ist, auch wenn sie blos vorgemerkt ist, vor einer nichtgesicherten bevorzugt.

[4]) Zwei sehr wichtige Punkte entscheidet das Reichsgericht (Bd. 53 Nr. 9 S. 31). 1. Die Klage des verletzten Vormerkungsberechtigten ist nicht notwendigerweise eine subsidiäre. 2. Der Beklagte hat hierbei die dem Schuldner zustehenden Einreden. Ohne das würde das Vormerkungsrecht nach seinem Inhalte über seinen Zweck hinausgreifen.

Umständen die Umschreibung für ihn ganz unausführbar.[1]) Darum hat er aus der Vormerkung sogar eine Klage, worin sich wieder zeigt, daß der persönliche Anspruch bereits bis zu einem gewissen Grade ein dinglicher geworden ist.[2]) Ebenso steht es nach § 888 Abs. 2, wenn der Anspruchsberechtigte statt durch eine Vormerkung durch ein Veräußerungsverbot gesichert war. Hat z. B. der Legatar eines Grundstücks gegen den belasteten Erben ein richterliches Veräußerungsverbot erwirkt, veräußert aber trotzdem der Erbe das Grundstück und läßt es einem Dritten auf, der aber um das Veräußerungsverbot weiß, so kann der Legatar gegen den Dritten eine Klage auf Auflassung richten.[3])

Andererseits aber kann der durch die Vormerkung Gebundene nach § 886 wieder Beseitigung dieser Vormerkung verlangen, wenn er eine dauernde Einrede gegen den Anspruch hat, den die Vormerkung sichern soll, z. B. die Einrede der Verjährung. Prinzipieller ausgedrückt: Der Gebundene verliert durch die Vormerkung seine Einrede keineswegs. Ja, er hat sogar aus der Einrede eine Klage auf Beseitigung der Vormerkung und ferner, bei Unbekanntheit des Gläubigers, z. B. infolge Erbganges u. dgl. m., hat er auch ein Recht auf ein Aufgebot des Gläubigers und Ausschließung desselben nach § 887

[1]) Als Hauptrechtfertigungsgrund dieser Vorschrift ist hervorzuheben, daß die Vormerkungen die ihnen gefährlichen Verfügungen und ihre Eintragung nicht völlig unmöglich machen, sondern nur dem Begünstigten gegenüber entkräften, indem sie sie mit der Zustimmungspflicht des § 888 belasten. Darin zeigt sich die „Unwirksamkeit", von der das Gesetz spricht. Es deutet auf eine Mangelhaftigkeit besonderer Art hin. Auch hier tritt deutlich hervor, daß in der Redeweise des B.G.B. der Ausdruck „Unwirksamkeit" eine neutrale Verlegenheitsbezeichnung ist, die dort angewandt wird, wo keine Anfechtbarkeit vorliegt, aber auch der Ausdruck „Nichtigkeit" den Verfassern des Textes nicht angemessen erschien. Vgl. des Herausgebers allgemeinen Teil S. 428 ff.

[2]) Die Dinglichkeit des Vormerkungsvorteils wird von Biermann zwar anerkannt, aber seine Natur als dingliches Recht bestritten, vgl. auch Otmer (S. 72 Anm. 3). S. 41 ff. B. verweist auf § 885 Anm. 2, der nach § 874 überflüssig sein würde, wenn das Recht aus der Vormerkung dinglich wäre. Beide Vorschriften decken sich aber nicht völlig in ihrem Texte; denn der Inhalt des gesicherten Anspruchs ist etwas anderes, als der Inhaltt des Rechtes, das ihn sichern soll. — Biermann zieht aus seiner Ansicht auch wichtige Folgen und will namentlich den Vormerkungen am guten Glauben des Grundbuches keinen vollen Anteil geben (Anm. 2d zu § 891, S. 83 Anm. 5b zu § 893, vgl. auch Anm 3g zu § 883). Dies widerstreitet m. E. ihrem Zwecke.

[3]) Eck stellt die Auflassung mit Recht einer bloßen „Zustimmung" zur Auflassung durch den Erben gleich. Vgl. hierüber oben § 10 Anm. 4 S. 73.

unter denselben Voraussetzungen, unter denen dies bei der Hypothek im allgemeinen nach § 1170 zugelassen ist.

Dem Namen nach ist also die Vormerkung ein bereits bekanntes, aber der Sache nach ein neues Institut, weil sie einen persönlichen Anspruch auf ein dingliches Recht gibt.[1])

§ 11.

4. Nichtübereinstimmung des Grundbuchinhalts und der wirklichen Rechtslage.

Die Fälle der Nichtübereinstimmung des Grundbuchinhalts und der wirklichen Rechtslage gehören zu den schwierigsten Punkten des Grundbuchrechts (§§ 891—902).

Wie wir gesehen haben, knüpft das B.G.B. die Entstehung und Aufhebung von Rechten an Grundstücken nicht an die Eintragung bez. an die Löschung allein, sondern an die Verbindung dieser formalen Akte mit einer Willenserklärung der Beteiligten. Damit verwirft es jene Überspannung des dem Grundbuch zukommenden öffentlichen Glaubens, die z. B. für Österreich Exner in seiner berühmten Schrift

[1]) Eck meint hier entweder den Anspruch auf Zustimmung nach § 888 oder ein mit einem persönlichen Anspruche verbundenes dingliches Sicherungsrecht. Man könnte es mit dem bekannten germanistischen Ausdrucke „dingliches Untersagungsrecht" kennzeichnen; es untersagt allen Beteiligten solche vollkräftigen Akte, die einer erst später erwarteten Eintragung eine ungünstigere Lage verschaffen würden, als die sofortige Eintragung haben würde. Untersagt wird auch die Weigerung, der späteren Eintragung zuzustimmen (§ 888). Deshalb liegt in der Vormerkung eine Vorwegnahme der Kraft einer späteren Eintragung. (Vgl. Otmer a. a. O. S. 67.) „Die Vormerkung hat, abgesehen von den Vermutungen des § 891 B.G.B., dieselben Wirkungen wie die definitiven Eintragungen." Dies ist jedoch nur mit zwei Beschränkungen richtig. 1. Sie wirkt nur bedingt, d. h. nur falls der gesicherte Anspruch besteht, 2. diese Wirkung tritt auch nur unvollkommen ein, weil die vormerkungswidrigen Verfügungen nicht völlig ungiltig sein sollen, die Verfügungsgewalt der von der Vormerkung Betroffenen insoweit also nicht beseitigt, sondern nur in ihrer Kraft geschwächt wird. (Vgl. oben S. 77 Anm. 1.) Allerdings werden Dritte durch die Vormerkung aus Scheu vor einer späteren Zustimmungspflicht (§ 888) in ihrer Erwerbslust gelähmt, und auch die Lust zu vormerkungswidrigen Veräußerungen wird gehemmt, weil die Veräußerer Regreßansprüche befürchten müssen, falls die Erwerber später aus § 888 belangt werden sollten. Insofern lastet das Vormerkungsrecht auf der Verfügungsgewalt der Betroffenen, ohne es geradezu zu zerstören.

„Das Publizitätsprinzip“[1]) verteidigt hat. Jene Überspannung hat Dernburg[2]) „das Prinzip der formalen Rechtskraft des Buchinhalts“ genannt, wonach jede Eintragung Recht schafft und jede Löschung ein Recht vernichtet, selbst wenn sie rechtswidrig, ja wenn sie auf Grund einer Fälschung geschieht, wonach also der Buchinhalt nie unrichtig sein kann, und ihm gegenüber der Verletzte sich immer nur mit einer persönlichen Klage helfen könnte.[3]) Das B.G.B. befolgt vielmehr, ebenso wie das jetzige preußische Recht, ein gemäßigtes Publizitätsprinzip und die Anerkennung des dem Grundbuch zukommenden öffentlichen Glaubens, die Dernburg[4]) mit einem nicht ganz adäquaten Ausdruck: „System des Verkehrsschutzes“ nennt. Man würde vielleicht besser sagen: „System der Berücksichtigung des Verkehrsbedürfnisses.“[5]) Nur soweit das Verkehrsbedürfnis es erfordert, daß das Grundbuch öffentlichen Glauben genieße, wird demselben dieser gewährt, aber nicht in rücksichtsloser Konsequenz, bloß zur Durchführung eines Dogmas.

Das System des B.G.B. besteht hauptsächlich in den beiden schon oben erwähnten Sätzen, welche in den §§ 891 und 892 enthalten sind.

1. Nach § 891 begründet im allgemeinen der Inhalt des Grundbuchs nur eine Vermutung, daß das eingetragene Recht für den als berechtigt Eingetragenen auch wirklich bestehe, und daß umgekehrt das gelöschte Recht nicht bestehe. Danach ersetzt der Buchinhalt allerdings den Beweis, aber die wirkliche Rechtslage kann doch vom Buchinhalt abweichen und der Buchinhalt kann unrichtig sein, was eben nach der Exnerschen Theorie nicht möglich sein würde. Wenn er unrichtig ist, dann muß in der Regel das formale Recht dem materiellen weichen, freilich nur in der Regel, nicht ausnahmslos (vgl. unten).

2. Zu Gunsten eines Dritten, der durch Rechtsgeschäft ein Recht an einem Grundstück im Vertrauen auf den Grundbuchinhalt erwirbt, wird dieser Grundbuchinhalt als richtig nicht bloß vermutet, sondern

[1]) 1870.

[2]) Dernburg, Bürg. R., 2. Aufl. III, S. 132 § 46.

[3]) Dieses Ideal der Zuverlässigkeit des Grundbuchs würde mit unerschwinglichen Kosten von den Parteien bezahlt werden müssen.

[4]) Bd. III, 2. Aufl., S. 132 § 46, 2.

[5]) M. E. handelt es sich bei diesem Abweichen von Exner weniger um eine Feststellung der Grenzen des Verkehrsbedürfnisses, als um eine Mittellinie zwischen zwei widerstrebenden Volksbedürfnissen, Rechtssicherheit und Ungefährlichkeit des Grundbuchrechts, die beide nicht zugleich befriedigt werden können.

sogar fingiert, wie das B.G.B. sagt: „Er gilt schlechthin als richtig“ (§ 892). Da wird also die Präsumtion des § 891 für gewisse Fälle in § 892 zu einer Fiktion gesteigert.[1])

Diese beiden Sätze entsprechen nun im allgemeinen auch dem bisherigen preußischen Rechte, aber sie waren in diesem weder so allgemein ausgesprochen, noch so scharf formuliert. Eben deswegen bedürfen die beiden Sätze einer näheren Erläuterung.

1. Die Beweisvermutung bezieht sich nach dem klaren Wortlaut des § 891 nur auf den Bestand oder Nichtbestand von Rechten. „Ist im Grundbuch für jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, daß ihm das Recht zustehe.“ Also bezieht sich die Vermutung nicht auch auf die Angaben des Titelblattes im Grundbuch, auf Lage, Größe und bauliche Beschaffenheit des Grundstücks, da diese Angaben vielfach durchaus nicht auf exakten Vermessungen und anderen Ermittelungen beruhen. Ob das sich aber ebenso nach dem § 892 verhält und auch dieser sich nur auf Rechtsverhältnisse an Grundstücken oder auch auf den Inhalt des Titelblatts beziehe, ist bereits Gegenstand eines lebhaften Streits (s. unten).

Die Geltung der Vermutung des § 891 besteht nun weiter nach ihrem Wortlaut nicht bloß zu Gunsten des eingetragenen Berechtigten, also etwa für seine Aktivlegitimation, sondern schlechthin absolut. Sie ist also zweischneidig und gilt auch gegen ihn, wenn er als Inhaber eines Rechtes in Anspruch genommen wird, z. B. etwa als buchmäßiger Eigentümer aus einer Servitutenlast, die auf einem Grundstück ruhen soll, oder aus anderen Lasten. Schon im preußischen Recht wird gerade diese Konsequenz des allgemeinen Grundgedankens besonders betont in § 7 des Eigentumserwerbsgesetzes. „Der eingetragene Eigentümer ist kraft seiner Eintragung befugt, alle Klagerechte des Eigentümers auszuüben, und verpflichtet, sich auf die gegen ihn als Eigentümer gerichteten Klagen einzulassen.“ [2]) Dies gilt also auch nach dem B.G.B., ohne als Detailkonsequenz ausgesprochen zu sein. Meistenteils, auch von Dernburg,[3]) wird als Anwendung der Vermutung gegen den eingetragenen Eigentümer auch die Passivlegiti-

[1]) Biermann spricht nur in diesem Falle (§ 892) von dem „öffentlichen Glauben des Grundbuches im eigentlichen Sinne.“ Die freiere Redeweise Eds, die beide Fälle dem Glauben des Grundbuches zuzählt, ist wohl die gebräuchliche.

[2]) Vgl. oben S. 57.

[3]) Bürg. R. III, 2. Aufl., S. 141 § 48, 3, 4.

mation desselben für die Hypothekenklage und für den Antrag auf Zwangsversteigerung angeführt. Aber gerade dieses Beispiel paßt doch nicht recht; denn in diesem Falle geht das neue Recht des B.G.B. und des Zwangsversteigerungsgesetzes über eine bloße Vermutung hinaus. Nach § 1148 des B.G.B. soll der Bucheigentümer als wahrer Eigentümer *gelten*, nicht bloß als solcher vermutet werden. Ebenso ist nach § 17 des Zwangsversteigerungsgesetzes die Subhastation nur gegen den als Eigentümer eingetragenen Schuldner zu betreiben. Also würden diese eingetragenen Eigentümer hier nicht ihre Passivlegitimation einfach dadurch widerlegen können, daß sie beweisen, sie wären nicht wahre Eigentümer. Sie werden eben schlechthin als Eigentümer behandelt werden. Dem wahren Eigentümer bleibt in diesen Fällen gestattet, durch Hauptintervention oder nach § 771 der C.P.O. mit der Widerspruchsklage gegen die Zwangsvollstreckung sein Recht zu wahren.

Abgesehen aber von dieser Ausnahme, in der die Vermutung noch überboten ist, bleibt gegen letztere immer noch der Gegenbeweis offen.

Der Besitzer eines Grundstücks, der als Vindikationsbeklagter belangt ist, kann, was nach preußischem Rechte streitig war, auch wenn er für sich selber gar kein Recht an dem Grundstück in Anspruch nimmt, doch das präsumierte Eigentum des Klägers widerlegen und sich dadurch von der Klage befreien. Wenn der Kläger sich nur auf das Grundbuch beruft, d. h. auf die Präsumtion desselben, so muß er also dieser Vermutung gegenüber sich den Gegenbeweis gefallen lassen.

Weiter kann nach § 894 derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen ist, sogar einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuches erheben, also auch offensiv vorgehen, indem er von dem anderen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen werden würde, Zustimmung zu dieser Berichtigung verlangen kann.

Dagegen wird die Vermutung von selber ausgeschlossen, wenn zwei Eintragungen im Grundbuch sich widersprechen,[1]) wenn z. B. ein Grundstück auf verschiedenen Grundbuchblättern und für verschiedene Eigentümer eingetragen ist. Dann steht eben Vermutung gegen Vermutung und eine hebt die andere auf.[2])

---

[1]) Vgl. Biermann, Anm. 2 b zu § 891.

[2]) Anderweitige angebliche Ausnahmen von der Vermutung des § 891 (vgl. Biermann, Anm. 2 zu § 891) scheint Eck mit Recht nicht anerkennen zu wollen.

Endlich gelten bei der Hypothek noch Besonderheiten, die hier nur gestreift werden können. Nach § 1138 erstreckt sich merkwürdigerweise die durch das Grundbuch begründete Vermutung über dingliche Rechte hinaus auch auf eine persönliche Forderung. Um ihres Zusammenhanges willen mit der Hypothek nimmt sie an der Vermutung teil.[1])

Eine weitere Besonderheit ist, daß Briefhypotheken und Grundschulden nicht immer durch bloße Eintragung erworben werden, sondern erst durch Aushändigung des Briefes an den Gläubiger (§ 1117). In anderen Fällen aber wird die Hypothek sogar schon durch Aushändigung des Dokuments allein erworben, namentlich bei der Cession nach § 1153 und § 1154. So gibt es allerdings dingliche Rechte, die das Grundbuch nicht genau widerspiegelt. Noch wichtiger aber als die Vermutung des § 891 ist

2. die Fiktion des § 892, wonach der Inhalt des Grundbuchs als richtig gilt zu Gunsten des Dritten, der im Vertrauen auf ihn durch Rechtsgeschäft ein Recht erworben hat.

Vor allem fragt es sich: Was ist Grundbuchinhalt im Sinne des § 892? Umfaßt er nur die Rechtsverhältnisse am Grundstück wie § 891, oder umfaßt er auch die Angaben des Titelblatts über Flächeninhalt und bauliche Anlage des Grundstücks usw. Auch diese Angaben können der Wirklichkeit widersprechen. Ich erinnere an einen viel behandelten praktischen Fall, in dem einem Grundstück eine Parzelle zugeschrieben war, die in Wahrheit zu einem anderen Grundstück gehörte. Kann sich der Erwerber auch auf die Zugehörigkeit dieser Parzelle zu dem von ihm erworbenen Grundstück sicher verlassen? Schon in der preußischen Praxis ist diese Frage streitig. Es überwiegt aber hier die Tendenz zur Bejahung der Frage, also zur Erstreckung des guten Glaubens, den der Grundbuchinhalt genießt, auch auf die Angaben des Titelblatts. Daß diese Frage äußerst praktisch ist, beweist ein erschreckendes Beispiel, daß der Landgerichtsrat Koppers in Münster in Gruchots Beiträgen gibt (Bd. 36, S. 319 ff., vgl. S. 336). Ein Titelblatt hatte unrichtige Angaben enthalten und im Vertrauen darauf war das Grundstück erworben worden. Es galt nun in dem auf dem Titelblatt verzeichneten Umfange als erworben. Vier Parzellen I, II, III, IV liegen eng aneinander. Die Parzelle I gehört zu der Par-

[1]) Das Reichsgericht hat sich mehrfach mit der Bedeutung des § 1138 beschäftigt. Dies kann erst unten im Hypothekenrechte näher erörtert werden.

zelle II, beide stehen im Eigentum des Schulzen des Dorfes. Dagegen gehören die Parzellen III und IV einem anderen Eigentümer. Im Grundbuch aber ist aus Versehen die Parzelle II als Teil der Parzelle III gebucht worden, und der Eigentümer der Parzellen III und IV verkauft nun, ohne von dieser unrichtigen Buchung zu wissen, unter Bezugnahme auf das Grundbuch seine Parzellen III und IV an einen Dritten, den X. Da X später entdeckt, daß zu der Parzelle III auch die Parzelle II hinzugeschrieben ist, so nimmt er diese kraft seines guten Glaubens an den Grundbuchinhalt in Anspruch. Dringt er damit durch, und kann er den Schulzen, der auf der Parzelle I wohnt und keine Ahnung davon hat, daß im Grundbuch diese Parzelle II der Parzelle III zugeschrieben ist, exmittieren, so daß der Schulze seine Parzelle verliert? Koppers meint, daß nach der preußischen Praxis der Schulze infolge des Versehens, das in dem Grundbuch begangen war, die Parzelle verlieren müsse.[1])

Inzwischen ist Oberneck sehr warm für die Ausdehnung des öffentlichen Glaubens, den der Grundbuchinhalt genießt, auch auf das Titelblatt eingetreten und zwar nicht bloß für das preußische Recht, sondern auch für das B.G.B., vgl. Gruchots Beiträge Bd. 43 S. 172. Auch Endemann[2]) scheint sich dieser Ansicht anzuschließen. Für sie wird vornehmlich geltend gemacht, daß das Grundstück durch den Inhalt des Titelblatts individualisiert ist. Es wären das nicht bloß tatsächliche Angaben, sondern auch die rechtliche Feststellung des Grundbuchobjektes. Sehr richtig ist die Bemerkung, daß die Rechte an Grund und Boden ihre wirtschaftliche Bedeutung und ihren Wert für den Verkehr vielfach und in sehr erheblichem Maße durch den Umfang ihres Gegenstandes besitzen, und der Umfang häufig von so bestimmendem Einfluß auf den Kaufpreis und auf die Gewährung von Hypotheken ist, daß er als wesentliche Eigenschaft des Grundstückes betrachtet werden muß.

Allein die meisten sind doch entgegengesetzter Ansicht, z. B. Dernburg,[3]) Biermann u. a. m. M. E. sind ihre Gründe überwiegend.

[1]) Der Fall ist im entgegengesetzten Sinne entschieden worden, aber nach älterem Recht, s. Gruchot Bd. 36 S. 336.

[2]) Bd. II 7. Aufl. § 52 a. E. S. 208.

[3]) Dernburg a. a. O. S. 135 § 47, 2, Biermann, Anm. 2 zu § 893 gibt eine Literaturübersicht, bei der er sich als Gegner Dernburgs erklärt, wenn er auch den öffentlichen Glauben nicht auf alle Angaben des Katasters bezieht. Er legt ein Hauptgewicht darauf, ob das Grundstück durch die im Kataster angegebene Lage und Größe individualisiert wird oder nicht.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß doch der § 891 unbestritten seine Vermutung nicht so weit erstreckt, sondern bloß von Rechtsverhältnissen redet. Sollte nun § 892 seine Fiktion weiter ausdehnen wollen, als § 891 seine Präsumtion? Sodann aber sprechen auch die Motive zur Grundbuchordnung sehr entschieden gegen diese Ausdehnung.[1]) Außerdem ist diese Ausdehnung des guten Glaubens auf solche Angaben des Titelblattes in unzähligen Fällen einfach gar nicht möglich, nämlich allemal dann nicht, wenn die Angaben des Titelblattes der Natur widersprechen, z. B. wenn sie einen Flächeninhalt bezeichnen, der gar nicht vorhanden ist, oder einen Bau, der längst eingerissen ist. Es könnte natürlich, wie Oberneck auch nicht verkennt, die erwähnte Fiktion nur in den Fällen unrichtiger Abgrenzung als wirksam gedacht werden, wenn ein wirklich vorhandenes Stück Land aus Versehen dem eingetragenen Grundstück zugeschrieben ist, als demjenigen, zu dem es rechtlich gehört. Aber wenn auch nur in diesen Fällen der öffentliche Glaube des Titelblattes hätte Platz greifen sollen, dann müßte doch die Anlegung des Grundbuches auf zuverlässigeren Vermessungen und Abgrenzungen beruhen, als dies bekanntlich tatsächlich überwiegend der Fall ist. Bekanntlich sind die Grundbücher nur auf die Grundsteuerbücher zurückgeführt worden. Und diese Grundsteuerbücher sind wieder, als sie mit der Grundsteuer bei uns eingeführt wurden, vielfach nach alten Flurkarten und Flurbüchern ohne jede Zuziehung der Beteiligten hergestellt worden. Daher würde es eine sehr gewaltsame Maßregel sein, wenn man dem so hergestellten Titelblatte auch publica fides beilegen wollte. Auch die Grundbuchordnung § 2 sagt zwar: „Die Bezeichnung der Grundstücke erfolgt in den Büchern nach dem amtlichen Verzeichnis, in welchem die Grundstücke unter Nummern oder Buchstaben aufgeführt sind." Aber dieses amtliche Verzeichnis ist nicht etwa von dem Grundbuchamte hergestellt, sondern es kann nötigenfalls durch landesherrliche Verordnung näher bestimmt werden und braucht keineswegs völlige Zuverlässigkeit zu besitzen. Unter solchen Umständen wäre der öffentliche Glaube des Titelblattes zwar natürlich für denjenigen sehr angenehm, der sich auf das Grundbuch verlassen hat und nun den Inhalt geltend machen könnte, aber für den Eigentümer, z. B. für den oben erwähnten Schulzen, dessen Grundstück durch ein Versehen einem anderen zugeschrieben war, wäre es ganz ungemein hart, daß er plötzlich sein Eigentum verlöre. Man wird vielleicht sagen, daß er dann nach der Grundbuchordnung gegen den

[1]) Vgl. S. 19, 32 ff., 44 ff.

Staat Regreß nehmen könne, und der Staat wieder gegen den Grundbuchbeamten, der das Versehen gemacht hat. Aber dieses Regreßrecht nach § 12 der Grundbuchordnung ist doch an die Voraussetzung gebunden, daß ein Grundbuchbeamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm obliegenden Amtspflichten verletzt hat, das wird aber gar nicht zutreffen, wenn das Titelblatt nach einem amtlichen Verzeichnisse, z. B. nach dem Kataster, hergestellt war.

Aus diesem Grunde ist als Inhalt des Grundbuches im Sinne des § 892, wie ich glaube, nur der die Rechtsverhältnisse an Grundstücken betreffende Inhalt zu verstehen, und der Ausdruck soll also nicht weiter greifen als die freilich andere Fassung des § 891.[1])

Natürlich gehört zum Inhalte des Grundbuches der Inhalt der Grundbuchakten nur dann, wenn eine Eintragung, was ja auch nach dem B.G.B. und der Grundbuchordnung zulässig ist, den Inhalt eines eingetragenen Rechtes durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung bestimmt (§§ 874 und 885.) § 874 lautet: „Bei der Eintragung eines Rechtes, mit dem ein Grundstück belastet wird, kann zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden."

Die Erwerbungen, die durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches geschützt werden, sind, wie auch schon in Preußen, beschränkt; denn sie müssen nach dem Wortlaut des § 892 auf Rechtsgeschäften beruhen. „Zu Gunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstücke, oder ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt u. s. w." Also schützt der öffentliche Glaube nicht mehr, wie bisher in Preußen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgten Erwerbungen. Er schützt also nicht mehr die sog. Judikatshypothek. Der Gläubiger, der eine Zwangshypothek erlangt, weil sein Schuldner als Eigentümer eines Grundstückes eingetragen ist, ohne es zu sein, muß dem wahren Eigentümer weichen. Die Kommission rechtfertigte dies dadurch, daß ein Gläubiger sich nur aus dem Vermögen seines Schuldners befriedigen solle, aber nicht aus dem Vermögen eines anderen. So ist das Wort „Rechtsgeschäft" in aller Schärfe zu betonen. Dagegen braucht nach

[1]) Für die von Eck vertretene Meinung spricht auch, daß Richtigkeitsfiktionen Ausnahmevorschriften sind, solche aber grundsätzlich strenge ausgelegt werden. Insbesondere bedarf der Grundbuchformalismus wegen seiner Gefährlichkeit einer derartigen Einschränkung. Vgl. auch Fischer, Handausgabe 2 zu § 892.

demselben § 892 das Rechtsgeschäft, das den Erwerb herbeiführt, nicht ein entgeltliches zu sein, wie es das preußische Eigentumserwerbsgesetz bei der Hypothek[1]) verlangte, nicht bei der Grundschuld. Daß man in dieser Beziehung den öffentlichen Glauben des Grundbuchs weiter ausgedehnt hat, als er nach dem preußischen Recht sich erstreckte, nämlich auf alle Rechtsgeschäfte, mögen sie entgeltliche oder unentgeltliche sein, geschah, weil entgeltliche und unentgeltliche Rechtsgeschäfte im einzelnen Falle ungemein schwer zu trennen sind. Z. B. bei einer Gutsübertragung an den künftigen Erben, der etwa auf sein Erbrecht verzichtet, aber die Verwaltung des Gutes zu Gunsten der jüngeren Geschwister übernimmt,[2]) da ist schwer zu sagen, ob lediglich ein entgeltliches oder ein zum Teil, oder ein ganz unentgeltliches Rechtsgeschäft vorliegt.

Verschenke ich daher eine mir zustehende Hypothek, die mir bereits ausgezahlt, aber noch nicht gelöscht worden ist, dann wird der Beschenkte Hypothekengläubiger mit voller Berechtigung. Das scheint mir über das praktische Bedürfnis hinauszugehen. Aber es hilft dann doch wieder einigermaßen der § 816 Abs. 1 Satz 2 aus der Lehre von der Bereicherung ohne Grund. „Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt." Also haftet der Beschenkte dem Beschädigten nach den Regeln von der ungerechtfertigten Bereicherung. Es wird dann der Grundeigentümer dem Geschenknehmer der bereits getilgten Hypothek die Einrede opponieren können, daß er wegen der ungerechtfertigten Bereicherung des Klägers nicht zu zahlen brauche.

Damit scheint nun freilich prima facie das B.G.B. praktisch wieder zum preußischen Recht zurückzukehren. Allein der Unterschied bleibt doch immer der, daß der dingliche Verlust, der auch bei unentgeltlicher Einräumung von Rechten eintritt, durch den persönlichen Ersatzanspruch keineswegs immer ausgeglichen wird. Man denke etwa an folgendes Beispiel: Der Grundeigentümer A ist verstorben; B als

[1]) Pr. Eigentumserwerbsgesetz § 9 Abs. 2.

[2]) Eck denkt wohl an eine fiduziarische Übernahme des Gutseigentums für die Geschwister, die aber mit gewissen Entschädigungsansprüchen verbunden ist.

nächster Intestaterbe schenkt das Grundstück an X und läßt es ihm auf, nachdem er sich als Intestaterbe legitimiert hat. Nachträglich aber kommt ein Testament zum Vorschein, laut dessen nicht B, sondern vielmehr ein anderer, C, als Erbe eingesetzt war. Dann kann freilich C gegen den beschenkten X wegen ungerechtfertigter Bereicherung Klage erheben. Aber wenn X inzwischen in Konkurs verfallen ist, so bekommt C mit seinem persönlichen Ersatzanspruch bloß eine Konkursdividende. Das Grundstück, das dem X geschenkt war, bleibt der Konkursmasse. Noch krasser ist das Beispiel Dernburgs:[1]) B legitimiert sich mittelst einer gefälschten Urkunde als Eigentümer eines Grundstückes des A. Es wird auf ihn umgeschrieben. Dann verschenkt er das Grundstück an seine Frau. Die Frau, die gutgläubig ist, der man wenigstens mala fides nicht nachweisen kann, kommt in Konkurs. Inzwischen wird die Fälschung entdeckt, und der von B verdrängte wahre Eigentümer A will gegen die Frau auf Rückgabe klagen. Dann kann er nur als Konkursgläubiger auftreten. Das Grundstück wird in der Konkursmasse verbleiben, und die Vorteile genießt natürlich der Ehemann der Gemeinschuldnerin mit.

Wenn also der Unterschied zwischen unentgeltlichen und entgeltlichen Geschäften auch nicht ganz verwischt ist, so besteht er doch nicht mehr in dinglicher, sondern nur noch in persönlicher, obligatorischer Beziehung. Übrigens genießt nun der Erwerber eines dinglichen Rechtes in den Fällen, wo er an eine Eintragung ausnahmsweise nicht gebunden ist, natürlich auch ohne Eintragung den Schutz des § 892. So genießt z. B. der Erwerber einer Briefhypothek den Schutz von der Übergabe an, mag der Cessionar im Grundbuch eingetragen sein oder nicht. § 892 spricht kein Wort davon, daß der noch zu schützende Erwerber eingetragen sein müsse, sondern sagt nur allgemein, daß der Inhalt des Grundbuches für ihn als richtig gilt.

Ebenso wie gegen den Erwerber Rechte dritter Personen, die nicht eingetragen waren, keine Geltung haben, steht es des weiteren nach § 892 Abs. 1 Satz 2 auch mit anderen Beschränkungen, die dem Auktor des Erwerbers zu Gunsten eines bestimmten Dritten auferlegt, aber im Grundbuch nicht ersichtlich waren. So z. B., wenn der Eigentümer durch Konkurseröffnung, durch Beschlagnahme oder durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers, der ihm als Erben übergeordnet ist, in

[1]) Bürg. Recht, 2. Aufl., Bd. III S. 140 § 47, 8.

seiner Verfügungsfreiheit beschränkt, aber diese Beschränkung im Grundbuch nicht ersichtlich ist.

Endlich wird nach § 893 dem Erwerber eines Rechtes derjenige gleich behandelt, welcher an den Grundbuchberechtigten auf Grund eines eingetragenen Rechtes eine Leistung bewirkt, z. B. auf Grund einer eingetragenen Hypothek Zinsen zahlt, oder gegenüber dem Buchberechtigten in Ansehung des Rechtes ein Geschäft vorgenommen hat, das keinen Erwerb enthält, z. B. eine Kündigung u. dgl. m. Dann darf er die Geltung des Geschäftes nach dem Grundbuchinhalt für sich in Anspruch nehmen.

Aber dieser gesamte weit ausgedehnte Schutz kommt doch nur dem redlichen Erwerber, Zahler u. s. w. zugute. Denn § 892 Abs. 1 Satz 2 fügt ja die bisher zunächst überall übersprungenen Worte hinzu: „Es sei denn, daß ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist." In dieser Fassung: „Es sei denn, daß" ist enthalten, daß er nicht seinen guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchinhalts zu beweisen hat, sondern daß ihm vielmehr umgekehrt entweder das Wissen um die Unrichtigkeit oder der in das Grundbuch bereits eingetragene Widerspruch nachgewiesen werden muß.[1]) Sodann aber ist hier dem Bekanntsein der Unrichtigkeit nicht, wie es in der preußischen Praxis geschieht, schon das bloße Kennenmüssen gleichgestellt. § 892 sagt nur: „Es sei denn, daß der Widerspruch eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber *bekannt* ist." Das befremdet bei erster Betrachtung. Wer aus grober Fahrlässigkeit die Unrichtigkeit des eingetragenen Rechtes seines Auktors verkennt, kann trotzdem wirksam erwerben, denn er hat ja nicht um die Unrichtigkeit gewußt. Die Kommission rechtfertigt das mit der Wendung: Gegenüber dem Grundbuchinhalt ist eben ein Erwerber zu besonderen Nachforschungen nicht verpflichtet. Mit Recht erklärt Dernburg diese Motivierung für sehr bedenklich.[2]) Die Frage ist nicht die, ob er zu Nachforschungen verpflichtet ist, sondern die, ob jemand, der Ursache hat, an der Berechtigung seines Auktors zu zweifeln, sich doch in Geschäfte mit demselben einlassen soll. Z. B. wer annehmen muß, daß ein eingetragener Hypothekengläubiger bereits befriedigt ist und sich dann doch von ihm die Hypothek für billiges Geld cedieren läßt. Das Verfahren eines solchen kann ja hart an Hehlerei streifen oder in

[1]) Vgl. Bd. I S. 34.

[2]) S. 137 § 47 Note 14.

Hehlerei geradezu übergehen, denn das Strafgesetzbuch betrachtet als Hehler denjenigen, der Sachen erwirbt, von denen er weiß, oder den Umständen nach annehmen muß, daß sie mittelst einer strafbaren Handlung erlangt sind. Oder man denke gar an den Fall, daß eine Hypothek mittelst Fälschung erlangt worden ist, und der Erwerber dieses nach den Umständen annehmen muß, sie aber trotzdem sich abtreten läßt. Er wird als Hehler angeklagt und verurteilt, aber seine Hypothek ist trotzdem wirksam. Als ich noch Referendar war, pflegte ein Grundbuchrichter hier nachmittags in einem Restaurant Billard zu spielen. Bei dieser Gelegenheit machte er eines Tages die Bekanntschaft eines Herrn, der sich Hauseigentümer X nannte und von da ab mit ihm regelmäßig Billard spielte. Eines Tages erschien vor dem Gerichte dieser Herr X und erklärte, er wolle seinem Freunde A eine Hypothek an seinem Grundstück bestellen. Der Richter hielt eine Rekognition des ihm Bekannten für überflüssig. Die Pfandverschreibung wurde ausgestellt und die Hypothek für A gebucht. In Wahrheit hieß aber der angebliche X A und der Hauseigentümer X war ein ganz anderer. Wenn in diesem Falle A die Hypothek weiter begab, die für ihn eingetragen war, und der Erwerber den Umständen nach annehmen mußte, daß A sie auf unlautere Weise erworben hatte, so konnte er nach preußischem Recht nicht vollberechtigter Hypothekengläubiger werden, weil grobe Fahrlässigkeit dem Wissen gleichsteht. Anders nach B.G.B. Dernburg[1]) meint, das sei nicht so schlimm, wie es scheine; denn kraft richterlicher Überzeugung werde man ja dann, wenn jemand eine Tatsache kennen mußte, annehmen dürfen, er habe sie wirklich gekannt, und man könne dann den Fall der groben Fahrlässigkeit unter den Fall der Kenntnis subsumieren. Bei einiger Kühnheit wird das auch gelingen.

Was endlich die Zeit betrifft, auf die es für den Erwerb ankommt, so ist auch diese nach § 892 sehr künstlich bestimmt, noch künstlicher als im preußischen Recht. Nach § 892 Abs. 2 braucht der Erwerber nicht, wie die preußische Praxis verlangt, sowohl bei Stellung seines Antrages auf Eintragung, als auch zur Zeit der Eintragung selber in gutem Glauben zu sein, sondern es genügt das bloße Nichtwissen im ersteren Zeitpunkte. Gewiß läßt sich das wohl motivieren, denn gerade zu dieser Zeit, bei Stellung des Antrages, pflegt doch

[1]) A. a. O. S. 138.

der Erwerber bereits seine Gegenleistung an den Auktor zu vollziehen und die Eintragung geschieht bekanntlich ohne seine Kenntnis und Mitwirkung. Darum hat man es rigoros gefunden, daß die preußische Praxis die Fortdauer der bona fides bis zur Zeit der Eintragung verlangte.

Nur wenn die Einigung, der dingliche Vertrag der Stellung des Antrages erst nachfolgt, ist auch nach B.G.B. dieser Zeitpunkt der Einigung maßgebend.

Wenn endlich der Erwerb sogar ohne alle Eintragung erfolgt, wie bei der Briefhypothek, die man durch Cession ohne Eintragung überkommt, so wird der Zeitpunkt des Erwerbs derjenige sein, in welchem der Erwerber guten Glauben haben muß. Es ist dies hier nicht erst besonders ausgesprochen.

Wenn wir resümieren, so ist das Anwendungsgebiet und auch die Wirksamkeit des guten Glaubens an den Buchinhalt gegenüber dem preußischen Recht viel mehr erweitert als beschränkt. Enger als im preußischen Recht ist nur die Beschränkung auf Rechtsgeschäfte, unter Weglassung der Zwangsvollstreckung u. s. w., außerdem auch die von mir verteidigte Beschränkung des Buchinhalts auf Rechtsverhältnisse, während die preußische Praxis den mit öffentlichem Glauben ausgestatteten Buchinhalt auch auf die tatsächlichen Angaben des Titelblatts erstreckte. Gegenüber dem Schutz, den das preußische Recht gewährt, zeigt das B.G.B. durchweg Erweiterungen.

Es drängt sich natürlich die Frage auf, woher denn der Beschädigte Ersatz bekomme. Wenn eine unerlaubte Handlung vorliegt, so kann er natürlich mit einer persönlichen Klage auf Grund der unerlaubten Handlung Ersatz verlangen. Wenn weiter der Erwerb ein unentgeltlicher war, dann kann er nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung Herausgabe derselben verlangen. Endlich eröffnet ihm die Grundbuchordnung § 12, wenn ein Grundbuchbeamter vorsätzlich oder fahrlässig seine Amtspflicht verletzt hat, einen Ersatzanspruch gegen den Staat. Aber das sind doch alles nur persönliche Klagen und Rechtsmittel, die keineswegs in jedem Falle zu einem Ersatz führen werden. Um so gefährlicher ist also ein unrichtiger Grundbuchinhalt für denjenigen, zu dessen Ungunsten er von der Wahrheit abweicht. Eben darum gibt § 894 Hilfsmittel zum Schutz eines bestehenden dinglichen Rechts, den schon vorher berührten dinglichen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuches, dessen Inhalt nicht mit der wirklichen

Rechtslage übereinstimmt. Also wenn das Recht gar nicht eingetragen, nicht richtig eingetragen oder durch eine unrichtige Eintragung eines sonstigen Rechts beeinträchtigt ist, kann Berichtigung verlangt werden, und zwar geht der Anspruch gegen den anderen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen oder — wie man vielleicht anschaulicher sagen könnte — zurückgedrängt werden soll, auf Zustimmung zur Berichtigung. Unter Umständen kann nun auch mehr als die bloße Zustimmung verlangt werden, nämlich eine weitere Mitwirkung, z. B., daß er sich erst eintragen lasse, oder daß er gewisse Urkunden vorlege, einen Erbschein u. dgl. m. (§§ 895 u. 896). Man setze z. B. folgenden Fall: Eine Hypothek ist aus Versehen gelöscht worden, und inzwischen ist der eingetragene Eigentümer gestorben. Dann kann der Hypothekengläubiger vom Erben des eingetragenen Eigentümers verlangen, daß dieser Erbe sich als Eigentümer eintragen lasse und demnächst die Wiedereintragung der Hypothek bewillige. Nach der C.P.O. § 894 würde das Urteil diese Bewilligung ersetzen. Die Kosten der Berichtigung u. s. w. hat nach § 817 derjenige zu tragen, der die Berichtigung verlangt, sofern nicht aus einem zwischen ihm und dem Verpflichteten bestehenden Rechtsverhältnisse sich ein Anderes ergibt.

Endlich bleibt zur Sicherung des dinglichen Rechtes jene schon erwähnte vorläufige Eintragung, die technisch Widerspruch heißt, möglich. Der Widerspruch ist nach § 899 Abs. 2 nach denselben Regeln zu erwirken, wie die Vormerkung, nämlich auf Grund einer Eintragung oder auf Grund einer Bewilligung desjenigen, dessen Recht durch die Berichtigung des Grundbuches zurückgedrängt wird. Darum ist ein weiteres über diesen Widerspruch zu sagen nicht vonnöten. Er stimmt fast überein mit dem, was wir im heutigen preußischen Rechte Vormerkung nennen.

Hinzuzufügen bleibt noch, daß eine Verjährung des Berichtigungsanspruches nach § 898 nicht stattfindet, weil dieser Anspruch eine rein formelle Natur hat und ein bloßes Hilfsmittel für das materielle Recht darbieten soll. Daher würde durch seine Verjährung dies materielle Recht eben geschädigt und es würde die formelle Unrichtigkeit des Grundbuches dauernd gemacht werden. Nur dann, wenn der materielle Hauptanspruch bereits verjährt ist, muß eine Ausnahme gelten. Dann findet auch der Berichtigungsanspruch keine Anwendung mehr, da § 224 (in der Verjährungslehre) bestimmt: „Mit dem Hauptanspruch verjährt der Anspruch auf die von ihm abhängende Nebenleistung u. s. w."

Eine solche Nebenleistung ist hier die Zustimmung, die zur Umschreibung im Grundbuche verlangt wird.[1])

Um nun eine Übereinstimmung zwischen formalem Buchinhalt und materiellem Recht zu erzielen, ist auch noch die Wirkung des Zeitablaufs besonders durch die Schlußparagraphen geregelt, vor allen Dingen durch § 902. Ansprüche aus eingetragenen Rechten oder auch aus solchen, die durch Eintragung eines Widerspruchs bereits gesichert sind, werden durch keine Verjährung aufgehoben, außer soweit sie auf Rückstände wiederkehrender Leistungen, wie Zinsen, oder auf Schadensersatz gerichtet sind, mit anderen Worten: „Keine Verjährung gegen das Grundbuch."[2]) Die Wiederspiegelung der materiellen Rechtslage durch den formellen Wortlaut des Grundbuches soll nicht von der Verjährung getrübt werden.[3])

Wohl aber wird nun umgekehrt der Buchinhalt, auch wenn er dem materiellen Recht nicht entspricht, mit der Zeit zum Recht. Das ist das Institut, das man mit einem österreichischen terminus technicus Tabularersitzung zu nennen pflegt, also Ersitzung nicht gegen das Grundbuch, sondern in Übereinstimmung mit dem Grundbuch oder kraft des Grundbuches. So gilt nach § 900 Abs. 1 ein mit Unrecht eingetragenes Eigentumsrecht als erworben, wenn 30 Jahre hindurch die Eintragung bestanden und der Eingetragene auch Eigenbesitz gehabt hat. Man nennt das Tabularersitzung.

Allerdings ist sie von der Ersitzung, die das B.G.B. so nennt, sehr verschieden; denn hier ist nicht nur kein Titel erfordert,[4]) sondern auch keine bona fides; es kann also dem Erwerber nicht einmal die Schlechtgläubigkeit entgegengesetzt werden. Es ist weiter gar nichts verlangt als ein dreißig Jahre hindurch fortgesetzter Eigenbesitz und eine Eintragung im Grundbuch. Dementsprechend soll nach § 900 Abs. 2 auch ein anderes Recht, das zum Besitz des Grundstückes berechtigt, oder dessen Ausübung wenigstens als Quasibesitz geschützt ist,

[1]) Dieser Punkt ist nichts weniger als unbestritten. Literatur s. bei Biermann zu § 898. M. E. ist Eck beizutreten.

[2]) Vgl. § 902.

[3]) Auch dient das Grundbuch ebenso wie die Verjährung der Rechtssicherheit und zwar als das stärkere Mittel. Insofern es diesem Zwecke für sich allein genügt, macht es sie somit überflüssig. Nur insoweit sie ihm eine Unterstützung zu geben vermag, wirken beide gemeinsam in derselben Richtung. So bei der Tabularersitzung. Ein Beispiel des im Texte genannten Grundsatzes R.G.E. Bd. 44 Nr. 49 S. 203.

[4]) Der auch bei der Fahrniserſitzung nicht verlangt wird.

in derselben Weise erworben werden können, wenn es eingetragen war, ohne zu bestehen, d. h. mit Ablauf von dreißig Jahren. In beiden Fällen werden die dreißig Jahre ebenso berechnet wie bei der Ersitzung. Also erinnert das Institut doch stark an die Ersitzung, ohne so genannt zu sein.

Ebenso gilt endlich auch umgekehrt ein mit Unrecht gelöschtes Recht an einem Grundstück nach § 901 als erloschen, wenn der Anspruch aus dem Recht verjährt ist, und desgleichen ein kraft Gesetzes entstandenes Recht, das aber in dem Grundbuch niemals eingetragen worden ist. Das ist ein Fall, den man wohl nur mit einem etwas gewaltsamen Ausdruck Tabularversitzung[1]) nennt, wenn ein Recht zu Grunde geht, damit der formale Grundbuchinhalt endlich mit dem materiellen Recht übereinstimmend werde. Besser wäre der Name „Ersitzung der Freiheit",[2]) denn es ist eine usucapio libertatis, die hier stattfindet.

Der erstere Fall, in dem der Anspruch des Berechtigten verjährt ist, ist sehr einfach.[3]) Für den Fall des § 901 aber, in dem ein kraft Gesetzes entstandenes Recht an einem fremden Grundstücke noch nicht in das Grundbuch eingetragen worden ist, bietet das anschaulichste Beispiel § 1075, wo vom Nießbrauche an einer Forderung auf ein zu leistendes Grundstück die Rede ist. Wenn hier der Schuldner das Grundstück an den Nießbraucher wirklich leistet, so erwirbt der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Nießbraucher den Nießbrauch an dem Gegenstand kraft Gesetzes. Hier wäre es also möglich, daß dieses Recht als dingliches Recht an dem Grundstücke, ohne je eingetragen zu werden, fortdauerte. Ebenso könnte man auch § 1287 heranziehen. Wenn darnach der Inhaber eines Pfandrechtes an einer Forderung diese beitreibt, und die Forderung auf ein Grundstück ging, so wird mit Leistung desselben Eigentum für den verpfändenden Gläubiger

[1]) Der Ausdruck stammt von Kohler, Archiv f. civ. Pr. Bd. 87 S. 296. Man muß unter der Tabularersitzung „eine Ersitzung, die die Glaubwürdigkeit des Tabularinhalts bewirkt", verstehen, dann paßt der Ausdruck auch auf die rechtszerstörende Ersitzung, falls man unter dem Tabularinhalte auch die Abwesenheit dessen mitinbegreift, was er verschweigt.

[2]) Dieser Name benennt die Ersitzung nach dem, was ersessen wird, die Tabularersitzung aber heißt so nach dem Grunde, aus dem ersessen wird, eine usucapio secundum tabulas sive juris sive libertatis.

[3]) Er ist nicht zu verwechseln mit dem Berichtigungsanspruche. Biermann, Anm. 1 zu § 901.

erworben und eine Sicherungshypothek für den Forderungspfandgläubiger. Es entstehen hier also kraft Gesetzes dingliche Rechte, ohne daß sie darum eingetragen zu sein brauchen.[1])

Kapitel III. Lehre vom Eigentum.

§ 12.

1. Begriff und Inhalt des Eigentums. (§§ 903—924.)

Der Begriff des Eigentums ergibt sich aus § 903, und zwar so ziemlich in demselben Sinne, wie man ihn nach gemeinem Recht zu bestimmen pflegt.[2]) § 903 unterscheidet die bekannten beiden Richtungen des Eigentums, die positive, welche das Recht, beliebige Verfügungen zu treffen, enthält, und die negative, welche das Recht, andere von jedre Einwirkung auszuschließen, in sich birgt. Vorsichtigerweise fügt derselbe Paragraph noch hinzu, daß der Eigentümer dies beides kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit anderen Worten, man wollte die Herrschaftsgewalt des Eigentümers nicht so ganz absolut gestalten, sondern den Vorbehalt einer Beschränkung durch Rechte Dritter hinzufügen.[3])

Bei Grundstücken begreift nun das Eigentum nach § 905 auch den Raum auf der Oberfläche und den Erdkörper unter derselben. Aber auf manche Einwendungen, die gegen den Entwurf gemacht worden waren, ist hinzugefügt worden, daß diese Erstreckung des Eigentums doch nicht in solche Höhe über das Grundstück oder in

---

[1]) Als ferneres Beispiel erwähnt Biermann, Anm. 2 zu § 901, die Ablösungsrenten.

[2]) Es ist auch im BGB. dasjenige Recht an einer Sache, das den denkbar stärksten Inhalt entweder hat oder durch Wegfall vorhandener Schranken zu gewinnen vermag. Die sog. Elastizität oder Expansivkraft des Eigentums ist auch durch § 889 nicht geändert. Die Schranke besteht bei eingetragenen Rechten fortan in der Eintragung als solcher.

[3]) Vgl. hierzu Graf Pininski, Begriff und Grenzen des Eigentumsrechts nach römischem Recht, Wien 1902, bes. S. 16.

solche Tiefe unter das Grundstück reiche, in welcher der Eigentümer kein Interesse mehr an der Ausschließung hat. Die Reichstelegraphenverwaltung könnte also nicht etwa, wie entschieden worden ist,[1]) Telephon- oder Telegraphendrähte durch die Luft über das Grundstück eines anderen ohne dessen Genehmigung ziehen, weil auch der Raum über der Oberfläche von seinem Grundeigentum ergriffen wird.[2]) Aber wenn diese Drahtziehung etwa in solcher Höhe geschähe, daß der Eigentümer kein Interesse mehr daran hätte, diese Drähte auszuschließen, dann würde es seiner Zustimmung nicht mehr bedürfen. Wenn etwa von einem Berge, der neben dem Grundstück liegt, über dasselbe hinüber zu einem anderen Berge ein Draht gespannt würde, so müßte § 905 Abs. 2 Anwendung finden.[3])

Neu ist die Bestimmung des § 904, die wir schon an anderer Stelle beim Notstand gestreift haben,[4]) daß der Eigentümer nicht Einwirkungen auf die Sache verbieten kann, die zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr geschehen, falls diese einem anderen einen weit größeren Schaden droht, als ihm, dem Eigentümer, die Einwirkung. Darin kann eine Analogie des in dem § 228 behandelten Notstandes gefunden werden. Aber freilich ist nach § 228 vorausgesetzt, daß eine Gefahr von einer Sache selber droht, auf die man dann einwirken darf. Das fällt gerade in dem § 904 fort, hier kann die Gefahr anders woher drohen, als von der Sache, und man kann dennoch zur Abwendung derselben die Sache[5]) seiner Einwirkung unterwerfen.[6]) Ein Fall aus der Praxis, die Turnergesellschaft, von der sich ein Mitglied eine Verletzung zugezogen hatte, und die die Tür zum Stalle

[1]) Das Reichsgericht hat am 21. September 1898 in Sachen der Stadtgemeinde Breslau gegen den Reichspostfiskus zu Gunsten der Eigentumsfreiheit entschieden, Bd. 42 Nr. 48 S. 205.

[2]) Jetzt ist § 12 des Telegraphenwegegesetzes v. 18. Dez. 1899, R.G.Bl. 707, maßgebend. Es gibt der Telegraphenverwaltung das Recht, ihre Leitungen durch den Luftraum zu führen, sofern dies die Benutzung der darunter liegenden Grundstücke zur Herstellungszeit nicht wesentlich beeinträchtigt.

[3]) Für die entsprechende Ausdehnung der Vorschrift auf Besitzer und dinglich Berechtigte Planck, Bemerk. 5 S. 137, und Biermann, Anm. zu § 905.

[4]) Vgl. oben Bd. I S. 221.

[5]) Also nur ein Sachgut, kein anderes Rechtsgut, Biermann, Anm. 2 zu § 904.

[6]) Vgl. des Herausgebers allgemeinen Teil S. 213, namentlich Anm. 1, über die empfehlenswerte Analogie vom Eigentum auf andere Sachenrechte. Wer den erlaubten Eingriff ausüben will, kann schlechterdings nicht genötigt sein, sich dadurch zurückhalten zu lassen, daß möglicherweise dingliche Rechte Dritter an der Sache bestehen.

einschlug, um die Pferde herauszuholen und den Kranken zum Arzt zu bringen, ist schon oben besprochen (Bd. I S. 221). Aber der Eigentümer kann hier Ersatz für den Schaden verlangen, was beim Notstand nicht vorgeschrieben ist.[1]) Man ist also auch berechtigt, eine Apotheke einzuschlagen, um Heilmittel herauszuholen, oder einem andern Leinwand wegzunehmen, um einen Verwundeten zu verbinden u. s. w.[2])

Sehr zahlreiche Beschränkungen des Grundeigentums sind nun im Interesse der Nachbarn aufgestellt, als sogenannte Nachbarrechte. Diese Beschränkungen, die zum Teil schon im bisherigen Recht erhalten, zum Teil neu sind, können hier nicht alle im einzelnen durchgesprochen werden. § 906 behandelt die bekannte Immissionslehre: Die Frage, ob jemand Gase, Dämpfe, Gerüche, Rauch, Geräusch, Erschütterungen u. s. w.[3]) auf ein anderes Grundstück führen bezw. dort ausüben kann. Die Immissionsfreiheit ist durch § 906 keineswegs grundsätzlich proklamiert, vielmehr bleibt die Regel doch die Verbietungsbefugnis.[4]) Aber nun kommt die Ausnahme: „Das Verbot ist insoweit unzulässig, als

---

[1]) Streitig ist, ob der Urheber des Eingriffs haftet oder der, für den er handelt. Literatur bei Biermann, Anm. 3 zu § 304. Das Letztere folgert man aus dem Enteignungsgedanken, der hinter der Vorschrift steht. Es sprechen aber überwiegende Gründe für die Annahme, daß das Gesetz den Eingreifenden selbst zunächst auf eigene Kosten und Gefahr handeln läßt (vorbehaltlich seiner actio negotiorum gestorum contraria). Die Gefährlichkeit der Vorschrift rechtfertigt dies.

[2]) Biermann bemerkt hierzu sehr richtig Anm. 1 d zu § 904: „Die Praxis wird gut tun, es mit diesen Erfordernissen möglichst genau zu nehmen und die im § 904 gestattete Selbsthilfe in den denkbar engsten Grenzen zu halten." Sonst führt die Vorschrift zu einem gegenseitigen allgemeinen Enteignungsrechte im Bedürfnisfalle. Eine weitgehende Beschränkung empfiehlt Dernburg, § 79, vgl. dazu die bei Biermann genannten.

[3]) Sog. Imponderabilien, ein Ausdruck, der zu der Empfindlichkeit moderner Instrumente, die auch ganz leichte Stoffe abwägen, nicht recht paßt.

[4]) Nach einer vielfach angefochtenen Entscheidung, R.G. Bd. 38 S. 379, bezieht sich dies sogar auf den Betrieb eines Bordells auf dem Nachbargrundstücke, vgl. Biermann, § 906. Das Wort „Immission" paßt hier nicht, von einer Einwirkung auf den Wert und Benutzbarkeit der Nachbargrundstücke kann man aber immerhin reden. Eine solche liegt aber auch schon dann vor, wenn z. B. ein Haus an minderwertige Leute vermietet wird, und doch wird dagegen ein Schutz schwerlich zu gewähren sein. Der richterliche Takt zieht hier die Grenze zwischen der Eigentumsentwertung durch die Nachbarn und derjenigen durch unerschwingliche Rücksichten auf die Nachbarn — Über stillschweigende Verzichte auf das Verbietungsrecht vgl. Biermann, Anm. 4 zu § 906.

die Einwirkung die Benutzung des Grundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt oder durch eine Benutzung des anderen Grundstücks herbeigeführt wird, die nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist." Also fällt das Verbietungsrecht doch unter gewissen Voraussetzungen weg, und diese Voraussetzungen haben im Prinzip einen ziemlich erheblichen Umfang, nicht bloß, wenn das benachteiligte Grundstück nur unwesentlich beeinträchtigt wird, sondern, was am weitesten geht, wenn die Benutzung des anderen Grundstückes, von wo aus die Immission stattfindet, nach den örtlichen Verhältnissen bei Grundstücken dieser Lage gewöhnlich ist.[1]) Es kann z. B. ein Flußlauf, ein Wasserlauf durch Immission von Stoffen aus einer Fabrik verunreinigt werden, sobald nach den örtlichen Verhältnissen diese Benutzung des herrschenden Grundstückes gewöhnlich ist. Wenn viele Fabriken in der Weise betrieben werden, daß die Abgänge in einen Wasserlauf hineingeführt werden, so wird man die Verunreinigung als gewöhnliche bezeichnen können. Kurz die Ausnahme geht ziemlich weit.

Darum haben namentlich die Vertreter landwirtschaftlichen Interessen sich gegen die Paragraphen sehr lebhaft erklärt, weil dadurch eine Verunreinigung aller Wasserläufe heraufbeschworen würde.[2])

Berühmt sind die Vorschriften des § 910 für den Überhang, und des § 911 für den Überfall. Wenn die Wurzeln oder die Zweige von dem Baume eines Grundstückes in das Nachbargrundstück eingedrungen sind, so kann nach § 901 der benachteiligte Nachbar sie abschneiden und behalten, falls er vorher dem Eigentümer des zu beschädigenden Baumes[3]) eine angemessene Frist zur Beseitigung bestimmt hat, und die Beseitigung nicht innerhalb der Frist erfolgt ist.[4]) Aber dem Eigentümer steht dies Recht des Überhanges zu, wenn die

[1]) Zweifelhaft ist dies bei Neuanlagen von Fabriken u. dgl., vgl. Biermann, Anm. 2b zu § 906.

[2]) Eine noch ungelöste Frage des Wasserrechts. M. E. wird die Zukunft alle diese Fragen in die Hand von Behörden legen müssen, die nach billigem Ermessen den vorhandenen Widerspruch der gleichberechtigten Bedürfnisse an Gewässern auflösen dürfen, indem sie Mittellinien zieht. Der Hinweis auf die Gewohnheit schafft in solchen Fragen einen unsicheren Rechtszustand, der tatsächlich oft unlösbar ist.

[3]) Das Gesetz sagt: „dem Besitzer des Nachbargrundstückes." Daran wird festzuhalten sein. Biermann, Anm. 1 zu § 910.

[4]) Ohne das könnten die Grundstücksherren durch Baumpflanzungen an der Grenze ihren Herrschaftsbereich erweitern.

Wurzeln oder die Zweige die Benutzung des Grundstückes nicht beeinträchtigen. Dieser Rechtszweig ist also im germanistischen Sinne zu Gunsten des benachteiligten Grundeigentümers geregelt.

Noch weiter geht § 911 in Bezug auf das Recht des Überfalls: „Früchte, die von einem Baum oder einem Strauch in das Nachbargrundstück herüberfallen, gelten als Früchte dieses Grundstückes.“ [1]) Sie werden von dem Grundeigentum, auf das sie gefallen sind, angezogen. Das ist ein altdeutscher Gedanke, den die Römer bekanntlich nicht hatten. Sie gaben das interdictum de glande legenda. Das ist fortan ausgeschlossen, die hinüberfallenden Früchte können von dem Grundeigentümer, auf dessen Grundstück sie liegen, als sein Eigentum betrachtet werden.[2]) Eine Ausnahme wird gemacht, wenn das Nachbargrundstück dem öffentlichen Gebrauche dient.[3]) So ist also ebenfalls der Überfall im germanistischen Sinne geregelt.

Die §§ 912—916 behandeln das Recht des Überbaues. Den Überbau muß der eine dulden, und der andere mit einer Geldrente vergüten.[4]) Die Paragraphen gehen vielfach recht sehr ins Detail. Bei Überschreitung der Grenze eines Grundstückes ohne Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit muß der Nachbar den Überbau dulden, ist aber durch eine Geldrente zu entschädigen. Über deren genauere Bestimmung sind nun mancherlei Streitigkeiten entstanden.[5])

---

[1]) Seltsam berührt die Fiktionsform des Gesetzes, die sehr leicht hätte vermieden werden können.

[2]) Hat er die Früchte in rechtswidriger Weise auf sein Land hinübergeschüttelt, so paßt der alte Ausspruch nicht: „Wer den bösen Tropfen genießt, genießt auch den guten.“ Darum wollen manche mit Recht, aber nicht ohne Widerspruch für diesen Fall die Vorschrift einschränkend auslegen. Näheres bei Biermann, Anm. zu § 911.

[3]) Über die Gründe dieser Ausnahmevorschrift, vgl. Biermann, zu § 911.

[4]) Das neugeschaffene Rentenrecht gleicht einem Mietzins, den der Bebauer fremden Bodens dafür zahlen muß, daß er das rechtswidrig bebaute Stück mit einem Bauwerke belastet hat, dessen Zerstörung dem Belasteten aus volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten versagt sein soll. Dabei bleibt ihm die Hoffnung auf Wegfall des Überbaues und die Befreiung der bebauten Fläche (§ 914). Will er sich mit dieser Sachlage nicht zufrieden geben, so kann er statt der Zwangsmiete einen Zwangsverkauf der Fläche verlangen (§ 915).

[5]) Zur Ergänzung des Textes diene Biermann zu S. 110 und 112. Zu beachten ist namentlich die Priorität des Rentenrechts vor allen älteren Rechten und seine Unabhängigkeit von der Eintragung (§ 814). Ohne das könnte sie leicht ein wertloses Danaergeschenk sein.

Die §§ 917 und 918 behandeln den Notweg, welcher gewährt werden muß, wenn einem Grundstück die zur ordnungsmäßigen Benutzung notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Wege fehlt. Dann kann der Eigentümer vom Nachbarn verlangen, daß dieser die Benutzung seines Grundstückes zur Herstellung der erforderlichen Verbindung dulde. Erforderlichenfalls soll ein richterliches Urteil die Richtung des Notweges und den Umfang des Benutzungsrechtes bestimmen.[1])

Endlich ist in den §§ 919 u. 920 das Recht auf Grenzfeststellung oder, wie das B.G.B. sich ausdrückt, zur Abmarkung näher geregelt im Sinne der römischen actio finium regundorum.[2]) Es kann verlangt werden, daß der Nachbar zur Errichtung fester Grenzzeichen resp. zur Wiederherstellung derselben mitwirke. Von Einzelheiten kann hier abgesehen werden.[3])

§ 13.

2. Erwerb und Verlust des Eigentums. (§§ 925—928.)

1. Die wichtigste Erwerbsform ist die Übertragung durch freiwillige Veräußerung. Dabei genügt aber nach § 925 nicht, wie man nach der früher erörterten Regel des § 873 erwarten sollte, die bloße formlose Einigung, der dingliche Vertrag über die darauf folgende Eintragung, sondern die Einigung muß vor dem Grundbuchamt erklärt bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile. Das stimmt im wesentlichen mit § 2 des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes überein.

Nach dem Wortlaut des § 925 B.G.B. heißt die formelle Einigung zwischen Veräußerer und Erwerber „Auflassung". „Die zur Über-

[1]) Dies gilt nicht, wenn die Not durch eine willkürliche Handlung des notleidenden Eigentümers verursacht ist, z. B. durch das Abbrechen einer Brücke. Biermann zu § 918.

[2]) Diese Bemerkung ist nicht allzu wörtlich zu nehmen. Insbesondere ist der Anspruch kein doppelseitiger. Biermann, Anm. 1 zu § 919. Über die Natur des Urteils vgl. Biermann, Anm. 1 zu § 920.

[3]) Dernburg, Bürg. R. III. § 87 2. Aufl. S. 249 ff., vgl. Biermann zu § 919 und Franz Hoeniger, Die Grenzstreitigkeiten nach deutschem bürgerlichen Rechte 1901. §§ 10 ff. Weitere von Eck nicht berührte Grenzregulierungsvorschriften enthalten die §§ 921—923 und eine außerordentliche Unverjährbarkeit der Ansprüche aus diesen und ähnlichen Vorschriften, § 924. Die Verjährung soll Ordnung und Sicherheit schaffen, aber nicht Unordnung und Unklarheit verewigen.

tragung des Eigentums an einem Grundstücke nach § 873 erforderliche Einigung des Veräußerers und Erwerbers (Auflassung) muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamte erklärt werden."[1]) Dagegen heißt es nach preußischem Recht: „Die Auflassung eines Grundstückes erfolgt durch die usw. abzugebende Erklärung des eingetragenen Eigentümers, daß er die Eintragung bewillige, und des letzteren, daß er die Eintragung beantrage." Wenn man den Wortlaut des neuen Paragraphen streng nimmt, so würde man sagen: Die Auflassung ist nicht erst die Erklärung vor dem Grundbuchamt, sondern die Auflassung sei der dingliche Vertrag selber.[2]) Das ist gewiß nicht gemeint. Man könnte sagen, daß die Parenthese in § 925 an eine falsche Stelle gerückt ist. Das Wort Auflassung sollte besser am Schluß des Paragraphen stehen hinter dem Wort erklärt werden, dann würde der Paragraph mit dem preußischen Recht ganz übereinstimmen, was gewiß auch beabsichtigt war.[3])

Eine Bedingung oder Zeitbestimmung ist nach § 925 bei der Auflassung unzulässig.[4]) „Zur Sicherung nicht fälliger Ansprüche mag eine Vormerkung erwirkt werden."[5])

Soll die Veräußerung auch das Zubehör des Grundstücks ergreifen, was im Zweifel vermutet wird, so geht mit dem Grundstücke auch das Zubehör auf den Erwerber über, soweit als es dem Veräußerer gehört (§ 926). Sonstiges Zubehör, das dem Veräußerer nicht gehört, wird nur ebenso erworben wie selbständige Mobilien nach §§ 932 ff.

Als weitere Erwerbsform ist die Ersitzung hinzugefügt. Die Ersitzung gilt zwar bei Grundstücken nicht in dem Sinne wie bei beweg-

---

[1]) Die Vorlegung der Urkunde über den Veräußerungsvertrag ist zwar eine Ordnungsvorschrift (G.B.O. § 98), aber kein Gültigkeitserfordernis.

[2]) M. E. besteht jeder Vertragschluß aus zwei Erklärungen. Hieraus rechtfertigt sich der Text des § 925 und seine Übereinstimmung mit dem preußischen Rechte. Eck scheint wohl in den inneren übereinstimmenden Parteiwünschen das Wesen des Vertrags sehen zu wollen. — Die Ausnahmevorschrift des § 128 ist durch § 925 ausgeschlossen.

[3]) Den Wert, den Eck der Umstellung dieses Wortes beilegt, wird nicht jeder anerkennen wollen. Die Sache ist ohne praktische Bedeutung.

[4]) Deshalb kann sie auch nicht von der Gültigkeit des Kausalgeschäfts, dem sie als Erfüllungsgeschäft dient, abhängig gemacht werden. Biermann, Anm. 2 zu § 945.

[5]) Vorbereitungsheft.

lichen Sachen, aber § 927 gibt doch für Grundstücke ein Surrogat der Ersitzung. Nach diesem Paragraphen kann der Besitz eines Grundstücks vom Eigentümer auch ohne Auflassung erworben werden. Es kann der Eigenbesitzer eines Grundstücks nach 30 Jahren ein gerichtliches Aufgebot, und infolge dessen einen Ausschluß des Eigentümers erwirken und dann sich selbst als solchen eintragen lassen.

Der viel besprochene und merkwürdige § 927 Abs. 1 Satz 3 fügt eine Beschränkung des Aufgebotsverfahrens hinzu: Wenn der auszuschließende Eigentümer eingetragen ist, kann nur bei Tod oder Verschollenheit desselben das Aufgebotsverfahren beantragt werden. Ist er aber verstorben, so kann der wahre Eigentümer doch nicht eingetragen sein, denn dann ist sein Erbe oder [1]) ein anderer Eigentümer geworden. Gemeint ist aber gewiß, daß das Aufgebotsverfahren bei Eigentümern, die mit Recht und nicht bloß aus Versehen eingetragen sind,[2]) auf den Fall des Todes oder der Verschollenheit des Eingetragenen beschränkt sein soll.[3])

Eine weitere Bedingung des Verfahrens ist in diesem Falle auch noch, daß eine Eintragung in das Grundbuch, die seiner Zustimmung bedurft hätte, seit 30 Jahren nicht erfolgt ist.[4])

3. Der Eigentümer kann sein Eigentum auch durch Verzicht vor dem Grundbuchamt aufgeben (§ 928). Einfache Dereliktion genügt nicht mehr, sondern es wird eine Verzichtserklärung vor dem Amt erfordert, dieser Verzicht muß auch in das Grundbuch eingetragen werden.[5]) Aber das Recht zur Aneignung des aufgegebenen Grundstückes hat nur der Fiskus des Bundesstaats, in dessen Gebiet das Grundstück liegt. Er erwirbt das Eigentum, wenn er sich selber eintragen läßt.[6])

[1]) Durch Erwerb vom Erben.

[2]) Ähnlich Biermann, Anm. 1 b zu § 927. Diese Unterscheidung macht der Gesetzestext nicht, vgl. hierüber Planck, Bem. 3 S. 171.

[3]) Es geht dann auf Streichung des eingetragenen Namens und Ausschluß der Rechtsnachfolger des verstorbenen Trägers dieses Namens. So ist § 927 ausdehnend auszulegen.

[4]) Die Tatsache der Zustimmung legt die Vermutung nahe, daß sich der wahre Eigentümer werde finden lassen.

[5]) Diese Preisgabe wird den Eigentümern namentlich dann erwünscht sein, wenn das Grundstück überschuldet ist und die Zwangsversteigerung in sicherer Aussicht steht.

[6]) Bei dieser Preisgabe bleiben die anderweitigen Rechte am Grundstücke bestehen. Um ihre Durchführung möglich zu machen, bedarf es einer Pflegschaft,

Andere Erwerbe, wie Erbgang, Zuschlag, Versteigerung u. dgl. m. sind an anderer Stelle durch Gesetze geregelt.[1])

§ 14.

3. Erwerb und Verlust des Fahrniseigentums.

(Abschn. 3 Titel 3.)

Den Ausdruck Fahrniseigentum darf man wohl bilden, da das B.G.B. selbst im Familienrecht den Ausdruck Fahrnis neu belebt hat, indem es von Fahrnisgemeinschaft der Ehegatten spricht.[2])

Das B.G.B. behandelt in den §§ 929—936 sechs Arten des Eigentumserwerbs an beweglichen Sachen. Aber neben diesen sechs Arten gibt es noch manche, die an anderer Stelle geregelt sind. Vor allen Dingen werden — wie wir bereits kennen gelernt haben — nach § 926 Mobilien, die Zubehör eines Grundstückes sind, mit dem Grundstück zugleich, also durch Auflassung und Eintragung erworben. Ebenso werden nach dem Zwangsversteigerungsgesetz bei der Zwangsversteigerung des Grundstückes auch die zur Beschlagnahme gezogenen Zubehörstücke miterworben (§ 90 des Gesetzes). Endlich bleibt die Entziehung des Eigentums im öffentlichen Interesse, wie das Einf.Ges. Art. 109 ausdrücklich bestimmt, nach den Regeln des Landesrechts in Geltung.[3])

Innerhalb der gesamten Erwerbsarten sind natürlich auch nach dem B.G.B. originäre und derivative zu unterscheiden. Aber der Unterschied zwischen diesen beiden ist sehr abgeschwächt dadurch, daß auch bei den derivativen Erwerbsarten das Eigentum des Rechtsvorgängers durchaus nicht mehr für den Eigentumserwerb des Rechtsnachfolgers unerläßliche Bedingung ist, sondern in weitem Umfange

§ 1913. C.P.O. §§ 58, 787 und hierzu Hellwig, Anspruch und Klagerecht, § 32 S. 231. Biermann, Anm. 2 zu § 928. Fischer, Recht und Rechtsschutz, S. 44 ff. Dogm. Jahrb. Bd. 38 S. 362. Das Grundstück selbst kann nicht vertreten werden, wohl aber ist eine Interessenvertretung durch Fürsorge für den Kreis der an einer richtigen Behandlung der Grundstücksverhältnisse Beteiligten denkbar. Vgl. über „Rechtsvertretung" und „Interessenvertretung" des Herausgebers allgemeinen Teil S. 297.

[1]) Eine Übersicht gibt Biermann zur Überschrift des zweiten Titels.

[2]) Dem entspricht der Titel neuerer Schriften, vgl. Gierke, die Bedeutung des Fahrnisbesitzes 1897 und Franz Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb 1899.

[3]) Andere Erwerbsformen s. b. Biermann in der Überschrift des dritten Titels.

durch den guten Glauben dieses Rechtsnachfolgers ersetzt wird. Der römische Satz: „Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet“[1]) war ja auch im preuß. A.L.R. durch einzelne Ausnahmen durchbrochen, aber als Regel doch immer noch beibehalten, und es war dem redlichen Erwerber nur ein Lösungsanspruch — wie man jetzt zu sagen pflegt — auf Ersatz des für den Erwerb redlich Verwendeten gewährt worden. Dagegen ist im B.G.B. jener römische Satz ganz und gar zurückgedrängt zu gunsten des deutschen Satzes: „Hand muß Hand wahren.“ Wer seine Sache in eine andere Hand gegeben hat, muß das gegen sich gelten lassen und kann sie von einem Dritten nicht vindizieren.

Dieser Satz herrscht bekanntlich schon im französischen Recht. Code civil Art. 2279: En fait de meubles la possession vaut titre, und auch im deutschen Handelsgesetzbuch Art. 306 ist er bereits in gewissen Grenzen zur Geltung gekommen. Das B.G.B. geht noch weit über das Handelsgesetzbuch hinaus;[2]) denn gleichviel von welcher Person, ob von einem Kaufmann oder von einem anderen und in welchem Betrieb jemand eine Sache erwirbt, nach § 932 erlangt er durch redlichen Erwerb, von gewissen Ausnahmen abgesehen, das Eigentum, obwohl der Veräußerer es selber nicht hatte. Ebenso wie das Eigentum erwirbt er auf dieselbe Weise auch andere dingliche Rechte, also auch das Erbbaurecht, den Nießbrauch und das Pfandrecht.[3])

Noch mehr! Diese Vorschriften — wie sie immer genannt werden — „zu gunsten desjenigen, welcher Rechte von einem Nichtberechtigten herleitet“, sind im B.G.B. auf zahlreiche andere Fälle ausgedehnt: namentlich also auf die Veräußerung gegen ein Veräußerungsverbot, weiter auf eine Veräußerung während schwebender Bedingung und auf eine Veräußerung kraft anfechtbaren Eigentums, dann im Erbrecht auf eine Veräußerung durch einen Erben, dem ein Testamentsvollstrecker übergeordnet ist, und endlich auch auf eine Veräußerung durch einen Vorerben im Wege der Schenkung.[4]) In allen Fällen

[1]) Sofern man unter transferre so viel versteht, wie „verschaffen“, und nicht, wie es richtig ist, „hinüberschaffen“. Bei richtiger Übersetzung verträgt der Satz bekanntlich keine Ausnahme.

[2]) Vgl. zu dem Folgenden Wendt, Arch. f. civ. Pr. Bd. 89 S. 1 ff.: „Erwerb von einem Nichtberechtigten.“

[3]) Vgl. §§ 1032, 1207, 1244, auch C.P.O. § 898.

[4]) §§ 135, 136, 161 Abs. 3, 2113, 2129, 2211; vgl. außerdem C.P.O. § 325

kehrt die Wendung wieder: „Die Vorschriften zu gunsten dessen, der Rechte von einem Nichtberechtigten herleitet, finden entsprechende Anwendung." Also auch dabei ersetzt jedesmal der gute Glaube den Mangel, der in der Rechtsstellung des Auktors besteht. Daneben aber spielt der gute Glaube auch noch außerhalb der derivativen Erwerbsarten eine Rolle, so namentlich bei der Ersitzung und beim Fruchterwerb. Dabei kann für den, der sich in den Sprachgebrauch des B.G.B. noch nicht eingelebt hat, auffallend erscheinen, daß in allen diesen Fällen nicht, wie man erwarten möchte, der gute Glaube als Erfordernis und als Grundlage des Erwerbes hingestellt, sondern immer der Mangel des guten Glaubens als Hindernis des Erwerbs erwähnt wird. Z. B. § 932 Abs. 1 Satz 1: „Der Erwerber wird auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, *nicht* in gutem Glauben ist." Ebenso ist nach § 937 Abs. 2 die Ersitzung ausgeschlossen, wenn der Erwerber *nicht* in gutem Glauben ist u. s. w. Also immer erscheint der gute Glaube bloß in negativer Form, indem sein Nichtvorhandensein als Hindernis bezeichnet wird. Allein diese Fassung soll keineswegs die grundlegende Bedeutung des guten Glaubens verneinen, sondern sie soll nur die Beweislast regeln.

Sie drückt nur aus, daß das Vorhandensein des guten Glaubens bei jedem Erwerber als Regel vermutet wird, nach dem alten kanonischen Sprichwort: Quilibet praesumatur bonus, donec probetur contrarium.[1])

Bei dieser großen Bedeutung des guten Glaubens ist es nun um so wichtiger, den Begriff desselben scharf zu bestimmen. Nach § 932 Abs. 2 ist der Erwerber nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Schon grobe Fahrlässigkeit, durch die man den Mangel des dominium auctoris verkennt, schließt also den guten Glauben aus. Wenn jemand etwa in dem Buch, das er von einem Studenten kauft, den Stempel der königlichen Bibliothek übersieht, der sich darin befindet, oder wenn es jemand unterläßt, den Strolch, der

Abs. 1, 2 Streitig ist, ob auch § 142 Abs. 2 hierher gehört. Vgl. Biermann, Anm. 6 f. zu § 932. Dort sind auch unter i als noch weitergehend die §§ 2366, 2370 erwähnt.

[1]) Ebenso Dernburg, Bürg. R. III, 2. Aufl., S. 279.

ihm eine wertvolle Sache anbietet, um seine Legitimation zu fragen, „oder wenn jemand es vermeidet, die Identität des Pferdes, das ihm zum Kauf angeboten wird, mit dem zu konstatieren, das, wie er weiß, kürzlich dem Nachbar unterschlagen worden ist“ [1]) u. dgl. m., so ist ein solcher nicht in gutem Glauben, weil er durch grobe Fahrlässigkeit verkennt, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört.

Das neue Handelsgesetzbuch geht in § 367 noch einen Schritt weiter in Bezug auf Inhaberpapiere. Da wird ausgesprochen, was bisher in der Praxis mehr oder minder schon angenommen worden war, aber doch noch einer gesetzlichen Fixierung entbehrte: „Wird ein Inhaberpapier, das dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist, an einen Kaufmann, der Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, veräußert oder verpfändet, so gilt dessen guter Glaube als ausgeschlossen, wenn zur Zeit der Veräußerung oder Verpfändung der Verlust des Papieres von einer öffentlichen Behörde oder von dem aus der Urkunde Verpflichteten im Deutschen Reichsanzeiger bekannt gemacht und seit dem Ablaufe des Jahres, in welchem die Veröffentlichung erfolgt ist, nicht mehr als ein Jahr verstrichen ist.“ Es wird also eine grobe Fahrlässigkeit schon darin gefunden, daß der erwerbende Bankier eine solche Veröffentlichung im Reichsanzeiger übersehen hat, obwohl seit ihrem Erscheinen noch kein Jahr verstrichen war.

Man darf aber nicht, wie Dernburg [2]) es wenigstens in Frage stellt, den § 932 als eine Begriffsbestimmung des guten Glaubens bezeichnen.[3]) Vielmehr behandelt § 932 Abs. 2 nur einen Hauptanwendungsfall. Ganz ebenso aber wie in Bezug auf das mangelnde Eigentum des Rechtsvorgängers ist auch in Bezug auf andere Erwerbsmängel ein guter Glaube bezw. ein schlechter Glaube sehr wohl möglich, und jedesmal muß dann schon eine grob fahrlässige Verkennung des Mangels den guten Glauben ausschließen. Es ist hier an vorher erwähnte Fälle zu erinnern: an das Vorhandensein eines Veräußerungsverbots, unter dessen Verletzung veräußert wird, an das Vorhandensein einer schwebenden Bedingung, einer Anfechtbarkeit des Eigentums oder einer Beschränkung des Erben, der veräußert. In

[1]) Vorbereitungsheft.

[2]) Bürg. R. III, 2. Aufl., § 99, 4 S 279.

[3]) So Biermann, Anm. d zu § 937, dem diese Begriffsbestimmung aber für die Ersitzung als zu jung erscheint.

Bezug auf alle diese Erwerbsmängel ist natürlich ebensowohl guter oder schlechter Glaube möglich, wie in Bezug auf das dominium auctoris. Auch in Bezug auf noch andere Mängel kommt der gute Glaube in Betracht, z. B. in Bezug auf die Geschäftsunfähigkeit des Veräußerers.[1]) Wenn der Veräußerer, von dem jemand erwirbt, geisteskrank ist, so kann freilich der Erwerber in bona fide sein, und infolgedessen, wenn er auch nicht Eigentum hat erwerben können, so doch ersitzen,[2]) vorausgesetzt, daß er nicht durch grobe Fahrlässigkeit die Geschäftsunfähigkeit seines Auktors verkannt hat. Sodann denke man an den wichtigen Fall eines Irrtums des Veräußerers, der zwei Gegenstände verwechselt, der z. B. eine Kopie des Gemäldes hingeben will und aus Versehen das Original hingibt. Auch da kann guter Glaube oder schlechter Glaube, je nach Umständen, angenommen werden. Wenn der Empfänger grob fahrlässig die Originalqualität des ihm übergebenen Bildes verkennt, so wird er dennoch nicht ersitzen können, weil er nicht in gutem Glauben ist.

Nach allem läßt sich der gute Glaube wohl definieren als die Überzeugung von der Rechtmäßigkeit des Erwerbs.[3]) Aber diese Überzeugung ist eben nicht als eine rein psychologische zu denken, sondern als eine ethisch gerechtfertigte, als eine solche, die nicht auf grobem Irrtum beruht, und insofern kommt eben noch ein anderes Moment, als das der bloßen inneren Überzeugung in den Begriff hinein.[4])

---

[1]) Diesen Fall lehnt Biermann, Anm. 6 h zu § 932 S. 142, ausdrücklich als zu § 932 gehörig ab. Die Differenz zwischen Biermann und Eck ist nur eine scheinbare. Biermann sieht die Begriffsbestimmung des guten Glaubens in § 932 und dehnt sie in § 937 aus, Eck sieht sie in der Bedingung des § 937 und schränkt sie weiter unten bei § 932 ein. Das Ergebnis ist dasselbe.

[2]) Der gute Glaube ist darum bei der Ersitzung ein anderer als bei § 932, was weiter unten von Eck mit Bezug auf § 366 H.G.B. näher ausgeführt ist, weil das Wort „Glaube" so lange unverständlich bleibt, als der Gegenstand des Glaubens nicht hinzugefügt wird. Nach § 932 muß an etwas anderes geglaubt werden, als nach § 937, nämlich an das Eigentum des Veräußerers, nach § 937 überhaupt an die Tadellosigkeit der gesamten Erwerbsbedingungen. Die sonstigen Erwerbsbedingungen neben dem Eigentum des Veräußerers sind in § 932 nicht als Gegenstand des Glaubens, sondern unbedingt erfordert.

[3]) Gegenüber der mala fides superveniens: „von der Rechtmäßigkeit der Fortdauer des erworbenen Besitzes".

[4]) Alles dies kann nur auf den guten Glauben bei der Ersitzung bezogen werden; bei dem guten Glauben des Erwerbs aus § 932 wird man sich mit Biermann an § 932 Abs. 2 halten müssen.

Wie läßt nun das B.G.B. einen Rechtsirrtum in Bezug auf den guten Glauben wirken?

Nach römischem Recht gilt bekanntlich der Rechtsirrtum als ein grob verschuldeter, der darum den guten Glauben ausschließt. So streng ist das B.G.B. nicht. Es hat nirgends einen ähnlichen Satz aufgenommen, und darum gilt der römische Satz nicht mehr. Wer etwa von einem Vorerben eine Erbschaftssache als Geschenk erwirbt in der Meinung, der Vorerbe sei gesetzlich befugt, auch Sachen aus der Erbschaft zu verschenken, oder wer von einem Erben eine Sache erwirbt, die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt, somit vom Erben nicht veräußert werden durfte, in der Meinung, der Erbe sei durch den Testamentsvollstrecker nicht beschränkt, der wird unter Umständen trotz des Rechtsirrtums, in dem er sich befindet, in gutem Glauben sein *können*, während das nach gemeinem Recht nicht der Fall sein würde.[1])

Über den Verlust des Eigentums ist nur der eine Satz aufzustellen, daß er bei Fahrnis sich natürlich allemal mit dem Erwerb des Eigentums an derselben Sache für einen neuen Berechtigten verbindet. Außerdem vollzieht sich der Verlust nach § 959, der in der Lehre von der Aneignung steht, auch noch ohne gleichzeitigen Erwerb durch einen neuen Berechtigten, auf Grund von Dereliktion oder Preisgebung. Das B.G.B. braucht keinen technischen Ausdruck. Es spricht davon, daß, wenn jemand den Besitz der Sache aufgibt, in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, dann die Sache herrenlos wird. Man mag Dereliktion künftig mit „Aufgabe" übersetzen, wie es mitunter geschieht — jedoch ist dieser Ausdruck sehr leicht irreführend — oder auch mit Verzicht oder Preisgebung.[2])

§ 15.

4. Übertragung.

Der Erwerb des Eigentums durch Übertragung erfordert gerade, wie nach gemeinem und nach preußischem Recht, eine Einigung[3])

[1]) Der Beweis des Irrtums wird immerhin schwer werden.

[2]) Vgl. über sie unten S. 149 Anm. 3.

[3]) Nach dem Wortlaute des § 929 nur ein Einig*sein* (eine Einigkeit), nicht eine Einigungstätigkeit. Ob dieser Unterschied streng zu nehmen ist, ist Gegenstand des Zweifels (s. unten).

des Veräußerers und Erwerbers über den Übergang des Eigentums und auch noch die Übergabe. Der Satz, den die rheinisch-französischen Juristen postulierten, daß der bloße Vertrag zur Übertragung genügen solle und das Traditionsprinzip zu verwerfen sei, ist schließlich nicht durchgedrungen, sondern mit guten Gründen abgelehnt worden.[1]) Indessen wird allerdings diese Übergabe, an der das B.G.B. als einem Erfordernis festhält, doch in noch mehr Fällen nachgelassen oder — wie das B.G.B. sich ausdrückt — durch andere Momente, „ersetzt" als dies nach dem bisherigen Recht der Fall war.

§ 929 stellt das Traditionsprinzip an die Spitze. Die Einigung, also der dingliche Vertrag,[2]) welcher mit der Tradition zusammentreffen muß, gilt nun, wie im ganzen Sachenrechte, auch unabhängig von seinem Rechtsgrunde, ist also ein abstrakter Vertrag. Die Motive zu Entwurf I gehen so weit, zu sagen, daß diese Abstraktheit des ding-

[1]) Er läßt es in vielen Fällen zu unerwünschten Trennungen von Eigentum und Besitz kommen, aus denen Rechtsunsicherheit, Verwechslungen und Mißhelligkeiten entstehen können; vgl. des Herausgebers Ausführungen bei Gruchot, Bd. 25 Nr. 7.

[2]) Die Vertragsnatur ist nicht zweifellos, vgl. oben S. 55 Anm. 1 und 2. Eccius an der dort angezogenen Stelle. Schon nach bisherigem Rechte mochte man zweifeln, ob die Tradition einen Vertrag enthalte, konnte aber immerhin bei ihr von einer mindestens „stillschweigenden Entgegennahme" des Vertragsanerbietens reden. Jetzt aber, seitdem eine Übergabe ohne jeden Ergreifungsakt des Erwerbers, also auch in dessen Abwesenheit möglich ist (vgl. oben Bd. II S. 3), z. B. bei der Abgabe einer Sache in seiner Wohnung, ist es fraglich, ob zur Annahme bei Fahrnis noch irgend eine Willensäußerung nötig ist, oder ob nur eine (durch Rückschlüsse) nachweisbare innere Willensregung genügt. Der Wortlaut des § 929 spricht für das letztere („einig sind"). Dann enthält aber die Entstehung der Einigkeit nur eine Abart des gewöhnlichen Vertragsschlusses und jedenfalls keine zweiseitige gegenseitige Willenserklärung. Daß darum die Analogie des Vertragsrechts völlig auszuschließen sei, ist darum doch nicht anzunehmen. — Das gleiche wurde auch bei der oben (S. 18 u. 19 Anm. 1) besprochenen Einigung über den bloßen Besitzerwerb ausgeführt. Bei der Einigung über den Eigentumserwerb von Grundstücken, nämlich der Auflassung, wird dagegen ein vollständiger Vertragsschluß verlangt (S. 99). Bei der Einigung über andere Rechte an Grundstücken kann man daran zweifeln. Die Erklärung des Empfängers muß zwar in einer zur Eintragung geeigneten Form vorliegen. Daß sie aber gerade dem Veräußerer gegenüber abzugeben sei, ist nicht verlangt. Es zeigt sich hier ein erheblicher Unterschied zwischen obligatorischen und dinglichen Verträgen. Bei jenen muß der Antragsteller wissen, ob die Bindung durch Annahme erfolgt sei, um sich danach richten zu können. Wer aber ein dingliches Recht einem andern hingibt, hat in der Regel kein Interesse daran, zu erfahren, ob der andere es auch wirklich erworben hat, zumal dies fast immer der Fall sein wird.

lichen Vertrages geradezu notwendig sei. Vielmehr kann der Übereignungswille der beiden Parteien sehr wohl von dem Zustandekommen des Kausalgeschäfts oder auch von dessen Erfüllung abhängig gemacht sein.[1]) Die Lehre, daß der dingliche Vertrag notwendig ein abstrakter sei, schießt ganz gewiß über das Ziel weit hinaus. Man erwäge doch nur folgende Fälle: Wenn A dem B eine Sache zur Schulderfüllung hingibt, B aber erklärt, sie vielmehr als Geschenk annehmen zu wollen, so wird niemand sagen, daß nun das Eigentum auf B übergehe, weil beide Teile das Eigentum übergehen lassen wollten und es auf die causa nicht ankomme. Vielmehr ist hier natürlich die Übereignungsofferte des A an B an das Zustandekommen des Kausalgeschäfts der Schulderfüllung, welches A gegenüber B vornehmen wollte, gebunden gewesen.[2]) Oder wenn A dem B einen Wechsel überschickt mit der Erklärung, er biete ihn zum Kauf an, und B antwortet: Er nehme den Wechsel zu Eigentum an, aber nicht als Kaufobjekt, sondern als Vorschuß auf künftige Auslagen, die er für A machen werde, so wird kein Praktiker annehmen wollen, daß das Eigentum des Wechsels auf B übergegangen sei.[3]) Wenn man aber die Abstraktheit des Vertrages

[1]) Das ist nur dann denkbar, wenn die Parteien wünschen, daß zunächst festgestellt werde, ob ein gültiges Kausalgeschäft vorliege, und der Erwerber sich erst hinterher, bei günstigem Ausfalle der Prüfung, als Eigentümer betrachten soll. Andernfalls ist entweder das Geschäft unbedingt und dann wegen des Willens eines sofortigen Eigentumsüberganges ohne Rücksicht auf die causa gültig, oder es fehlt überhaupt noch der Tatbestand des Geschäftes, der beiderseitige Wille des Eigentumsüberganges. Die abstrakte Natur der Übertragung zeigt sich übrigens nicht bloß in der Unabhängigkeit von der Gültigkeit des Kausalgeschäfts, sondern auch in der Möglichkeit, dies Geschäft vor Gericht durch eine nackte Erklärung des Übertragungswillens voll zu begründen, ohne den Zwang zur Aufklärung des Kausalgeschäfts (Unabhängigkeit von der Erwähnung des Kausalgeschäfts). In letzterer Hinsicht war es nach römischem Recht m. E. nicht abstrakt, vgl. des Herausgebers Institutionen des röm. R., Leipzig, 1894, S. 273 § 79 Anm. 4 und über die Beziehungen der Begriffe „Abstraktion" und „Unabhängigkeit" des Herausgebers allg. Teil S. 264 ff. auch Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes, Breslau, 1901, das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis, Jena, 1903, S. 54 ff.

[2]) M. E. nur daran, daß der andere Teil die Tradition unter der ihr angehefteten Bedingung annimmt. Ob das Kausalgeschäft aus andern Gründen etwa ungültig ist (etwa nach § 154 Abs. 2), ist völlig unerheblich. — In Ecks Beispiele ist überhaupt nicht das (zweiseitige) Geschäft bedingt, sondern nur die Offerte. Das Traditionsgeschäft ist hier nicht bedingt, sondern es fehlt sein Tatbestand.

[3]) Gewiß nicht, aber nicht, weil das Geschäft nicht abstrakt ist, sondern weil der Tatbestand des (im übrigen abstrakten) Geschäftes fehlt.

als notwendig bezeichnet, so müßte man doch einen solchen Eigentumsübergang annehmen.[1])

So ließen sich noch leicht andere Fälle denken. Dernburg bildet hier ungefähr folgendes Beispiel (S. 281): Jemand schickt dem andern Waren zu zum Preise von 300 M. Der Empfänger antwortet, ich nehme die Ware gerne an, aber zum Preise von 100 M. Dann ist er nicht Eigentümer geworden; denn der Übereignungswille des Absenders war durch den Preis von 300 M. bedingt.

In allen diesen Fällen war die Übereignungsofferte gebunden an die Kaufalofferte, und es kann kein Eigentum übergehen, wenn der Empfänger nicht beide Offerten annimmt.[2]) Außerdem ist ja bekanntlich selbst nach den Vorschriften des Gesetzes unter Umständen die Übereignung an die causa gebunden. Bei einer Zwangsversteigerung z. B. wird Eigentum nur gegen Barzahlung übertragen (§ 817 Abs. 2 C.P.O.). Da ist also die Erfüllung des Kaufalgeschäfts[3]) durch Zahlung des Meistgebots wiederum die Bedingung für den dinglichen Effekt des Vertrages.[4]) Kurz, nur dann ist der dingliche Vertrag ein abstrakter, wenn dies der Absicht der Parteien entspricht, wenn sie ihn eben nachträglich loslösen wollen von der materiellen causa.[5]) Sie können dazu verschiedene Gründe haben, wenn sie z. B. die causa nicht kund werden lassen wollen, etwa von der causa donandi absehen wollen, oder wenn die causa zu kompliziert ist, um in einen schriftlichen, dinglichen Vertrage mitaufgenommen zu werden. Dann allerdings greift der

---

[1]) M. E. keineswegs; denn in diesen Fällen fehlt der Eigentumsübertragungswille ganz offensichtlich, da nicht der Fall vorliegt, für den allein er gelten will. Auch der abstrahierte Wille muß doch immerhin als solcher vorhanden sein.

[2]) Worin aber noch nicht liegt, daß das Kaufalgeschäft gültig sein muß und daß die Offerte auch dann nicht gelten soll, wenn auf der anderen Seite ein Mißverständnis über die causa vorliegen sollte. Letzteres ist nicht anzunehmen; vgl. die Institutionen des röm. Rechts des Herausgebers a. a. O. S. 273 § 79 Anm. 4. Allerdings kann der Tradent das Gegenteil bestimmen.

[3]) Also nicht die Gültigkeit!

[4]) Das Gesetz spricht nur davon, ob die Sache abgeliefert werden darf, nicht von der Kraft einer trotzdem etwa erfolgten Ablieferung.

[5]) Ist erst einmal der Vertrag da, so ist er im Zweifel immer abstrakt, d. h. von der causa unabhängig. Die angeführten Beispiele beweisen nichts, insofern bei ihnen der Tatbestand des abstrakten Vertrages fehlt. Bei ihnen sind Verhandlungen, die wegen offenen Dissenses scheitern, mit gültigen Willenseinigungen über den Eigentumsübergang auf eine Stufe gestellt.

Satz des B.G.B. ein, daß die dingliche Einigung als solche genügt, um in Verbindung mit der Tradition Eigentum zu übertragen.[1]) Aber daß das allemal der Fall sei, ist m. E. eine nicht zu rechtfertigende Behauptung.

Eine wichtige Konsequenz der möglichen Abstraktheit des dinglichen Vertrages ist offenbar die, daß der Eigentumsübergang nicht an eine bestimmte, gesetzlich anerkannte justa causa traditionis gebunden ist, sondern ex quacumque causa von den Parteien vorgenommen werden kann. Also kann die Eigentumsübertragung auch fiduziarisch vollzogen werden, vor allen Dingen einem Gläubiger zur Sicherstellung für eine Forderung statt des bloßen Pfandrechts Eigentum gewährt werden. Nach dem B.G.B. ist das gar nicht mehr zu bezweifeln, während in der bisherigen Praxis darüber gestritten wurde. Auf Grund einer Vollmacht, die dem Bevollmächtigten freie Verfügung über die Sachen, die er etwa verkaufen soll oder dgl. m. ermöglicht, etwa über den Wechsel, den er veräußern soll, kann diesem Eigentum übertragen werden; es kann das schließlich auf Grund jedes Geschäfts geschehen, wenn die Parteien es wollen. Ja, es kann auch einem Mieter, wenn die Parteien es verabreden, Mieteigentum übertragen werden.[2])

Weiter kann die Übergabe nicht bloß zu unmittelbarem Besitze des Eigentumserwerbers erfolgen, sondern auch zu mittelbarem Besitze. Das B.G.B. spricht ja nur von Übergabe, und diese wird auch durch mittelbaren Besitz erwirkt. Z. B., wenn ich etwa Wertpapiere, die ich einem Gläubiger schulde, in seinem Depot bei der Reichsbank niederlege, so ist das eine Übergabe zu seinem mittelbaren Besitz. Wenn er damit einverstanden ist, oder wenn das Gesetz es vorschreibt, genügt gewiß auch die Übergabe zu diesem mittelbaren Besitz. Wenn es etwa ein Mündelgläubiger ist, so versteht es sich, daß die Übergabe an den Vormund als Eigentumsübertragung genügt. Jedoch hat das B.G.B. nicht auch den Satz des preuß. L.R. (A.L.R. §§ 128 ff. I, 11) übernommen, daß beim Distanzkauf die Übergabe an den Käufer schon mit der Aufgabe der Sachen an die Post oder den Frachtfuhrmann vollzogen sei. Die praktische Konsequenz ist also, daß bei solcher Zusendung, beim Distanzkauf, der Eigentumsübergang erst mit der Ab-

[1]) Auch dann doch immer nur, wenn mindestens der Veräußerungswille unter den Parteien feststeht.

[2]) Die Vorschriften über den Mietvertrag würden freilich in einem solchen Falle höchstens eine entsprechende, keine unbedingte Anwendung finden können.

lieferung der Sachen an den Adressaten stattfindet.[1]) Fällt etwa der Adressat in Konkurs, ehe er die an ihn abgesandten Sachen angenommen hat, so kann der Lieferant noch die Eigentumsübertragung zurücknehmen. Erst mit der Annahme würde das Eigentum auf den Adressaten übergehen. Für das gemeine Recht hat auch das Reichsgericht dies schon jetzt in einer berühmten Entscheidung angenommen (Band 18, Seite 162 ff.). Es war die Sache dem Adressaten sogar angeboten worden. Er hatte aber erklärt, daß er wegen Mangelhaftigkeit nicht annehme. Hierauf war er in Konkurs verfallen. Nun wollte der Absender die Sache zurücknehmen, der Konkursverwalter aber protestierte dagegen. Mit Recht nahm das Reichsgericht an, daß die Eigentumsübertragung noch nicht zustande gekommen war, und wenn die Sache trotzdem in die Konkursmasse gelangt war, so konnte der Absender sie noch aussondern.

Da haben wir freilich die Konsequenz, daß beim Distanzkauf Eigentum und Gefahr sich von einander trennen. Die Gefahr ist in solchen Fällen auf den Käufer mit der Absendung übergegangen, aber das Eigentum ist dem Absender verblieben. Aber das ist keineswegs etwas unnatürliches, oder ein innerer Widerspruch, der uns stutzig machen müßte.

Das B.G.B. hat weiter — wie wir schon an anderer Stelle berührt haben, die bekannten drei Abkürzungen der Eigentumsübertragung beibehalten; nämlich

1. die traditio brevi manu,
2. das constitutum possessorium und an Stelle der preußisch-rechtlichen Anweisung,
3. die Übereignung durch Abtretung des Anspruches an einen Dritten auf Herausgabe.

1. § 929 betrifft den Hauptfall: nämlich Übereignung einer Sache dadurch, daß der Eigentümer den bisherigen Leihbesitzer zum Eigenbesitzer und damit zugleich zum Eigentümer macht. Es heißt: „Ist der Erwerber im Besitze der Sache (ohne Eigentum zu haben), so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums." Es kann also der Eigentümer dadurch, daß er dem Besitzer auch das Eigentum

[1]) Diese kann den Erwerb namentlich dadurch vereiteln, daß er die übersandte Ware zur Disposition stellt. Staub, Kommentar zum H.G.B. Excurs zum § 382. V. S. 1406.

überträgt, ihm ohne körperliche Übergabe dieses Recht verschaffen. Darin liegt immerhin noch eine Übergabe kurzer Hand. So kann man diesen uns gebräuchlichen Ausdruck beibehalten. Aber dieselbe Abkürzung ist doch wohl auch möglich in einem Falle, der eigentlich nicht unter den Wortlaut des Gesetzes fällt, nämlich bei Übereignung einer Sache an den bisherigen Besitzdiener. Wenn ich meinem Diener eines meiner Kleidungsstücke oder meiner Köchin, die wegzieht, das Bett, das sie bei mir benutzt hat, überlasse, dann trifft doch nicht zu, daß der Erwerber schon im Besitze war; denn der Besitzdiener hat ja keinen Besitz. Trotzdem wird man nicht zweifeln dürfen, daß auch hier diese Abkürzung statthaft ist.[1]) Man wird den zweiten Absatz des § 929 ausdehnend auslegen müssen.[2]) Es hätte eigentlich gesagt werden sollen: Ist der Erwerber in der tatsächlichen Gewalt über die Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.

Aber mißverständlich ist der Ausdruck des B.G.B. doch nicht. Schwierigkeiten jedoch macht

2. das constitutum possessorium in § 930.[3]) Hier braucht das B.G.B. den Ausdruck: Es kann die Übergabe dadurch *ersetzt* werden, daß zwischen dem Eigentümer, der im Besitze ist, und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Also das constitutum possessorium ist nicht mehr eine Übergabe kurzer Hand, sondern ein

[1]) So auch Dernburg, III. § 18 S. 60. M. E. ist das richtig, weil stellvertretender Besitzerwerb erlaubt ist, vgl. oben S. 23 Anm. 2 und hier nur ein Anwendungsfall vorliegt. Andere wollen hier den § 854 Anm. 2 anwenden (vgl. Biermann, Anm. 4 zu § 929). Im Grunde sind beide Gesichtspunkte miteinander verträglich. Die Einigung über den Eigentumserwerb, als über eine Rechtsfolge, muß rechtsgültig sein, nicht bloß tatsächlich zuverlässig, vgl. oben S. 18 Anm. 1. Dadurch unterscheidet sich die Eigentum verleihende brevi manu traditio von der blos Besitz gewährenden.

[2]) M. E. ist den Verfassern hier nur etwas Menschliches widerfahren, indem sie sich ebenso, wie die Römer, von der regelmäßigen Bedeutung des Wortes „Besitz" im einzelnen Falle in Anlehnung an die Sprache des Lebens haben ablenken lassen. Wenn sie den Besitzerwerb durch Vertreter ausdrücklich anerkannt hätten, so hätten sie sich die Vorschrift über brevi manu traditio ersparen können. Ein argumentum e contrario gegen die Möglichkeit dieses Erwerbs darf man aber aus der genannten Vorschrift nicht herleiten. Es steht nicht fest, daß sie eine Ausnahmevorschrift sein soll. Sie ist bloß die Beseitigung eines möglichen Zweifels.

[3]) Vgl. *Kohler*, Archiv für bürg. R. Bd. 18 S. 73 ff.

Ersatz für die[1]) Übergabe, ebenso wie § 931 auch die Abtretung des Anspruchs als einen Ersatz der Übergabe bezeichnet. Das constitutum possessorium ist auch nach § 930 eine Übereignung dadurch, daß der bisherige Eigenbesitzer sich selber zum bloßen Leihbesitzer[2]) macht und einen andern zum mittelbaren Eigenbesitzer, dadurch dann auch zum Eigentümer. Nach der Bestimmung, die das B.G.B. diesem Institute gibt, liegt der Schwerpunkt für die Anwendung desselben darin, daß außer — und man muß sagen — vor der Eigentumsübertragung ein Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber vereinbart wird, welches dem Eigentumserwerber mittelbaren Besitz verschafft.

Das ist die Auffassung des constitutum possessorium, die namentlich Exner verteidigt hatte, daß noch eine besondere causa gegeben sein müsse, um deretwillen, wenn corporaliter einem Eigentumserwerber tradiert worden wäre, die Sache retradiert werden würde, daß neben der causa tradendi sich noch eine causa retradendi stellen müsse. Die praktische Konsequenz dieser Bestimmung ist, daß nicht etwa die bloße Erklärung des Eigentümers genügt: Ich will fortan nur Leihbesitzer sein, und Du, der Erwerber des Eigentums, sollst Eigenbesitzer werden.[3]) Der Leihbesitz muß eben, wenn ich mich so ausdrücken darf, kausiert werden. Wenn der Eigenbesitzer sich zum bloßen Leihbesitzer degradiert, so muß er das tun auf Grund eines Rechtsverhältnisses, das zwischen ihm und dem Erwerber vereinbart ist, und vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz

---

[1]) Eine uneigentliche Übergabe. Schon in der römischen Redeweise bezeichnet tradere bald das handgreifliche Geben, bald die Besitzübertragung ohne Berührung der Sache vonseiten des Erwerbers. Daß diese Zweideutigkeit sich auch bei uns wiederholt, ist nicht wunderbar.

[2]) Nicht auch zum Besitzdiener? Daß ein solches Erwerbsgeschäft mit Herstellung der Besitzdienerschaft auf seiten des Veräußerers möglich ist, ist zweifellos, fraglich ist aber, ob es nicht als wirkliche Übergabe anzusehen ist. (So z. B. Biermann, Anm. 1 zu § 930.) Dafür der Wortlaut des § 855. Das Gegenteil möchte ich trotzdem nach Analogie des mittelbaren Besitzes (§ 930) annehmen, weil § 933 bei dem die Frage praktisch wird, die Tendenz hat, den Erwerb der redlichen Dritten möglichst zu beschränken und unsichtbare Besitzerwerbsformen davon auszuschließen. Mit dem Wortlaute des § 855 darf man es nicht zu streng nehmen.

[3]) Dieses Schulbeispiel kommt im Leben kaum vor. Selbst ein abstraktes Versprechen des Veräußerers, die Sache für den Erwerber zu besitzen, d. h. festzuhalten, spielt keine Rolle. Seine Giltigkeit ist streitig und nach der Vorgeschichte des § 930 wohl zu verneinen, vgl. R.G.Entsch. Bd. 49 S. 173 und Biermann, Anm. 1 zu § 930. Sehr häufig aber ist ein Rechtsverhältnis, aus dem jemand eine veräußerte

erlangt.[1]) Das klingt im ersten Augenblick sehr streng. Allein ein solches Rechtsverhältnis kann in mannigfaltigster Gestalt vereinbart werden. Man denke an den nächstliegenden Fall, daß ein Einkaufskommissionär die gekauften Wertpapiere in das „bei ihm befindliche"[2]) Depot seines Kunden legen soll. Führt er den Auftrag aus und legt die Wertpapiere im Depot nieder, so ist das Rechtsverhältnis schon im voraus vereinbart gewesen, vermöge dessen der Erwerber, nämlich der Kunde, den mittelbaren Besitz an den, in seinem Depot niedergelegten Papieren erlangt. Also wird dann nicht mehr, wie das preußische Recht erfordert, noch eine Erklärung des unmittelbaren Besitzers, hier des Bankiers, an den Eigentumserwerber und mittelbaren Besitzer nötig sein. Das ist besonders wichtig, weil bekanntlich das Depotgesetz[3]) in § 7 vorschreibt, daß mit der Absendung des Stückverzeichnisses das Eigentum an den darin verzeichneten Wertpapieren auf den Kommittenten übergeht. Derselbe Paragraph fügt auch hinzu: Die Bestimmungen des B.G.B., nach welchen der Übergang des Eigen-

---

Sache zwar das Eigentum übertragen, aber zuerst noch einige Zeit einen vermittelnden Besitz für sich behalten will, kein anderes als das Veräußerungsverhältnis, z. B. der Verkauf. Genügt auch dieses Verhältnis dem Erfordernisse des § 930? Dafür der Wortlaut. Dagegen die bekannte Vorgeschichte der Bestimmung (vgl. namentlich die Verhandlungen des 15. Deutschen Juristentags Bd. I S. 3 ff., 72 ff., 91 ff., Bd. II S. 84 ff.) vgl. auch Dernburg a. a. O. III. § 18 S. 60. Man wollte das Geschäft erschweren und darum immer noch neben dem Veräußerungsverhältnis ein zweites (Miete, Nießbrauch, Pfand u. dgl.) verlangen. Sollte die Praxis etwa geneigt sein, am klaren Wortlaute festzuhalten, so wäre dies mit Freuden zu begrüßen. Dem schlichten Manne aus dem Volke wird das Erfordernis des doppelten Rechtsverhältnisses stets als Chikane erscheinen. Den Mißbrauch, der mit dem constitutum possessorium getroffen wird, kann man dadurch nicht hindern, vgl. des Herausgebers Ausführungen in Gruchots Beiträgen Bd. 25 S. 514 ff.

[1]) Streitig ist, ob das Verhältnis rechtsgültig sein müsse, oder ob ein tatsächlich zuverlässiges Lebensverhältnis genügt, z. B. eine Miete, die nach § 154 Abs. 2 ungültig ist, aber doch tatsächlich ausgeführt wird. Dagegen die meisten wegen Prot. 3 S. 198 (vgl. Biermann, Anm. 1 zu § 930). Dafür Endemann, 7. Aufl. II. S. 147 Anm. 17 m. E. mit Recht wegen des klaren Wortlautes in § 930: „Rechtsverhältnis". Die Frage ist darum ohne erhebliche Bedeutung, weil die Einigung über den Eigentumsübergang jedenfalls rechtsgültig sein muß und in der Regel auch dem Rechtsverhältnisse, das sie bestätigt, verbindliche Kraft verleihen wird. Vgl. zur Kritik der gegenteiligen Ansicht das oben beim Besitze S. 8 Anm. 3 gesagte.

[2]) Eingeschoben. [3]) vom 5. Juli 1896 (R.G.Bl. S. 183).

tums schon in einem früheren Zeitpunkt eintritt, bleiben unberührt. Ein solcher früherer Zeitpunkt, der der Übersendung des Stückverzeichnisses vorausgeht, kann hiernach sehr wohl gegeben sein.[1])

Die Vereinbarung eines solchen Rechtsverhältnisses, durch das ein constitutum possessorium ermöglicht wird, wird der Eigentümer und Eigenbesitzer unter Umständen sogar mit sich selber treffen, indem er im eigenen Namen an sich als den Vertreter eines anderen veräußert und Eigentum überträgt. Im allgemeinen Teil des B.G.B. § 181 ist nämlich ausgesprochen, daß unter Umständen ein solcher Vertreter Geschäfte mit sich selber schließen kann, z. B. als Veräußerer und im Namen eines anderen als des Erwerbers, wenn dies dem Vertreter gestattet ist, oder seine Leistung nur in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Also kann etwa ein Vermögensverwalter oder ein Testamentsvollstrecker, der als solcher Sachen im eigenen Namen erworben hat, sie dann für den von ihm Vertretenen in Verwahrung nehmen und sie ihm dadurch übereignen. Ein Kaufmann, der für seine Schwägerin das Vermögen mit freiester Vollmacht verwaltete, hatte von ihren Geldern größere Summen, zirka 400 000 M., entnommen und in sein Geschäft gesteckt. Dann hatte er sein Leben hoch versichert und die Police in die Papiere seiner Schwägerin hineingelegt, in einem Couvert, auf dem stand: Papiere meiner Schwägerin, Frau Witwe so und so. Dann starb er und über den Nachlaß wurde Konkurs eröffnet. Es fragt sich, ob die Schwägerin, die von der Versicherungspolice keine Ahnung hatte, Eigentümerin derselben wurde. Vom Standpunkte des B.G.B. könnte, wie auch schon früher in letzter Instanz erkannt worden ist, die Witwe die Police aus der Konkursmasse des Verstorbenen aussondern.

Streitig ist, ob ein Eigentümer, der selber in mittelbarem Besitz ist, ein constitutum possessorium zu Gunsten eines Dritten vornehmen, also das Eigentum an einen Dritten übertragen könne.[2]) § 930 sagt nur: Ist der Eigentümer im Besitz der Sache u. s. w.

---

[1]) Biermann, Anm. 2 zu § 930 verweist auf die Bezeichnung der Papiere mit dem Namen des Auftraggebers und das Legen in ein besonderes Behältnis. Gegen Kniep (Besitz S. 259), nach dem eine Aussonderung der Papiere nur dann ausreicht, wenn sie vom Kommissionär nicht beliebig zurückgenommen werden kann, hält er jede Spezialisierung für genügend, m. E. mit Recht. Lege non distinguenta nostrum non est distinguere.

[2]) Vgl. Biermann, Anm. 1 b zu § 930.

Ein Bankier in einer Provinzialstadt gibt z. B. im Auftrage eines Kunden einem Berliner Bankier den Auftrag, gewisse Wertpapiere zu kaufen. Der letztere führt den Auftrag aus und teilt dem Provinzialbankier ein Stückeverzeichnis mit. Dann ist zunächst der Provinzialbankier mittelbarer Besitzer und Eigentümer der Stücke geworden. Wenn der Provinzialbankier das Stückeverzeichnis seinerseits wieder seinem Kunden „mit Veräußerungsabsicht“[1]) mitteilt, so macht er seinen Kunden zum mittelbaren Besitzer in zweiter Potenz und damit zum Eigentümer.

Der § 930 darf also nicht bloß auf den Eigentümer, der im unmittelbaren Besitze der Sache ist, bezogen werden, sondern er umfaßt auch den mittelbaren mit. Das entspricht auch der Lehre, die ich verteidigt habe, als vom Besitz die Rede war,[2]) daß nämlich der mittelbare Besitz auch wahrer Besitz ist und im Zweifel mit verstanden werden muß, wenn das B.G.B. vom Besitz schlechtweg redet, vorausgesetzt, daß nicht besondere Gründe eine engere Interpretation rechtfertigen. Wenn man ganz spitz sein will, so könnte man, wie Biermann, Anm. 1 b zu § 930 hervorhebt, sagen: Die Bedingung des § 930: „ist der Eigentümer im Besitz der Sache“, sei dann, wenn sie auch den mittelbaren Besitz einbegreifen soll, selbstverständlich und überflüssig; denn, daß der Eigentümer in irgend einem Besitz der Sache sein müsse, mittelbaren oder unmittelbaren, wenn der Erwerber durch seine Erklärung mittelbaren Besitz erlangen soll, sei doch selbstverständlich.[3]) Aber, wie Biermann selber hinzufügt, ist das „überscharf“.

Die dritte Abkürzung, durch die die Übergabe ersetzt wird, ist die Abtretung des Eigentumsanspruchs auf Herausgabe der Sache an den Erwerber (§ 931) und zwar genügt dabei die Einigung des veräußernden Eigentümers und des Erwerbers; dazu gehört nur noch der Besitz eines Dritten, gegen welchen der Veräußerer einen Anspruch auf Herausgabe hat. Man kann hiernach auf das Leichteste Sachen übereignen, die sich im Besitze eines anderen befinden, wenn man nur

[1]) Eingeschoben. [2]) oben S. 13 ff.

[3]) Keineswegs. Es könnte z. B. der Herr eines weggelaufenen Tieres oder eines gestohlenen Gegenstandes für den unsicheren Fall seiner Wiedererlangung verabreden, daß er dann dessen Mieter und der andere Teil Eigentümer werden soll. Die Gültigkeit derartiger Abreden wird durch § 930 abgelehnt, sonst nichts. — Es handelt sich somit bei der im Texte abgelehnten Ansicht nur um eine selbstgeschaffene Schwierigkeit.

einen Anspruch gegen einen anderen hat. Also der Deponent kann das Eigentum an seinem Depot auf einen Erwerber übertragen, oder der Verpfänder kann das Eigentum an der Sache, die er versetzt hat, auf einen anderen übertragen, sobald er nur seinen Herausgabeanspruch abtritt.[1])

Es ist stark zu betonen, daß dabei nicht etwa erforderlich ist, daß der Veräußerer selber in irgend welchem Besitze sei, wie der Deponent oder der Verpfänder, sondern er braucht gar keinen Besitz zu haben, und er braucht auch keinen abzutreten. Z. B., wenn jemandem eine Sache gestohlen ist, so kann ohne weiteres durch Cession des Anspruches, den er gegen den Dieb hat, das Eigentum übertragen werden.[2]) Das ist, wenn man will, eine große Erleichterung. Bisher konnte man höchstens eine dingliche Klage cedieren, künftig kann man auch Eigentum auf den Cessionar übertragen. Dagegen kann man nicht das Eigentum übertragen, das kein Dritter besitzt. Wenn ich eine Sache verloren habe und sie im Walde liegt, so kann ich keinen Anspruch abtreten, weil ich gegen niemanden einen habe. Erst mit dem Moment, wo ein Finder die Sache an sich genommen hat, würde ich allerdings in die Lage kommen, den mir erwachsenden Anspruch zum Zwecke der Übereignung zu benutzen.[3])

Nach diesen drei Abkürzungen kommen wir auf die wichtigste Be-

---

[1]) Der Streit, ob hier ein bloß mittelbarer Besitz genüge (Biermann, Anm. 1 zu § 931) ist praktisch nahezu gegenstandslos, weil in solchen Fällen doch jedenfalls der unmittelbare Besitzer als Dritter besitzt. Man könnte höchstens an Fälle denken, in denen der Anspruch nur gegen den mittelbaren Besitzer, nicht gegen seinen Besitzvermittler abgetreten wird. Im Zweifel wird aber die erstgenannte Cession die zweite in sich schließen.

[2]) Genügt auch eine Cession des Anspruchs, den der Eigentümer gegen den gänzlich unbekannten Dieb hat? Oder an den unbekannten Besitzer. M. E. nur, wenn hinterher nachgewiesen wird, daß jemand im Augenblicke der Übereignung die Sache besaß. Sonst trifft der Wortlaut des § 931 nicht zu. Es läßt sich übrigens nicht leugnen, daß diese Kraft einer Cession eines Anspruches an eine persona incerta der Rechtssicherheit sehr gefährlich ist. Jedoch lex ita scripta est. — § 930 ist überhaupt eine Abweichung vom Traditionsprinzip zu Gunsten des französischen Rechts, m. E. eine Halbheit. Vgl. hierzu Kohler, Archiv f. bürg. R. Bd. 18 S. 88 ff.

[3]) Die Anwendung des § 931 auf Besitzdiener wird verneint, Biermann, Anm. 1 b zu § 931. Auch hier darf man jedoch den Wortlaut des § 855 nicht pressen, sondern eine ausdehnende Auslegung des § 931 a majori ad minus befürworten. Das Gegenteil würde sicher den unbefangenen Volksgenossen unbegreiflich erscheinen.

stimmung des B.G.B., die Übertragungslehre, den Erwerb von einem Nichteigentümer in §§ 932 ff. Beim Erwerb durch Übergabe von Veräußerer an den Erwerber genügt, wie wir schon gesehen haben, statt des dem Veräußerer mangelnden Eigentums der gute Glaube des Erwerbers an dieses Eigentum, also der gute Glaube, daß der Veräußerer wirklich Eigentümer sei.

Der Zeitpunkt, in dem dieser gute Glaube vorhanden sein muß, ist nach § 932 derselbe, in dem der Erwerber, wenn der Veräußerer Eigentum hätte, es von diesem erwerben würde: „Es sei denn, daß er zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist." Etwas verständlicher ausgedrückt: Es muß der gute Glaube vorhanden sein in dem Augenblick, wo Einigung und Übergabe gegeben sind. Es genügt hiernach nicht der gute Glaube des Erwerbers bei Bestellung der Ware durch den Einkäufer oder der gute Glaube bei Absendung durch den Verkäufer oder zu irgend einem anderen Moment.

Der gute Glaube des Erwerbers muß aber dahin gegangen sein, daß der Veräußerer Eigentümer sei. Ein anderweitiger guter Glaube genügt nicht etwa, um einen Mangel zu ersetzen. Namentlich — was wegen des Gegensatzes zwischen dem B.G.B. und dem neuen Handelsgesetzbuche stark zu betonen ist — genügt nicht der gute Glaube, daß der Veräußerer, obwohl nicht selber Eigentümer, doch befugt sei, für den Eigentümer zu veräußern; denn § 932 sagt ausdrücklich: „Der Erwerber wird auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, daß er nicht in gutem Glauben ist. Der Erwerber ist nicht in gutem Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Veräußerer gehört." Also dahin muß der gute Glaube gegangen sein, daß der Veräußerer Eigentümer sei, und wenn der Erwerber wußte, daß der Veräußerer nicht Eigentümer sei, aber glaubte, er habe die Befugnis, das Eigentum zu veräußern, so sichert ihm dieser gute Glaube den Erwerb keineswegs. Anders ausgedrückt: Wer bewußtermaßen von einem Nichteigentümer kauft, tut das auf seine Gefahr. Das ist gerade der Punkt, in dem § 366 des Handelsgesetzbuchs abweicht. Er heißt: „Veräußert oder verpfändet ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige bewegliche Sache, so finden die Vorschriften des B.G.B. zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der

gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Veräußerers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, betrifft." Das Motiv war, daß im Handelsverkehr als Verkäufer ja ganz gewöhnlich Kommissionäre und Agenten auftreten, also Nichteigentümer, von denen jemand die Sachen erwirbt. Da soll es also genügen, wenn der Erwerber die Befugnis des Kommissionärs, über die Sache zu verfügen, als gegeben vorausgesetzt. Die praktischen Konsequenzen sind erhebliche. Man setze etwa: Ich kaufe ein Buch von einem Antiquar, der mir erklärt, er sei zwar nicht Eigentümer, aber er habe es von einem anderen mit dem Auftrage zum Verkauf erhalten, und verkaufe es nunmehr im eigenen Namen. Dann erwerbe ich das Eigentum, auch wenn in Wahrheit dieser Auftrag nicht erteilt war, wenn ich nur an die Befugnis des Antiquars zur Veräußerung glaubte. Kaufe ich dagegen ein Buch nicht von einem Kaufmanne, sondern von einem Kollegen, der mir sagt, er wolle für Rechnung des Eigentümers verkaufen, während das in Wahrheit nicht zutrifft, so erwerbe ich kein Eigentum, weil ich meinen Kollegen, der mir sagte, daß er für einen anderen verkaufen wolle, nicht für den Eigentümer hielt. Das Ergebnis ist, daß man außerhalb des kaufmännischen Verkehrs gut tut, dem angeblich zum Verkaufe bevollmächtigten Nichteigentümer zu erklären, man kaufe nur vom Eigentümer selber, oder aber, er solle den Eigentümer zur Stelle schaffen oder eine Vollmacht des Eigentümers vorlegen.

Daß diese Beschränkung des B.G.B. gegenüber dem Handelsgesetzbuch[1]) gerade sehr praktisch sei, kann ich nicht finden,[2]) und ich glaube, es ist in der Praxis oft recht schwer zu unterscheiden, ob derjenige, von welchem man kauft, im eigenen Namen als Selbstverkäufer kontrahiert oder im fremden Namen. So hat z. B. der Oberpedell der Universität beständig Bücher zum Verkaufe stehen, die ihm von Studenten mit dem Auftrage zum Verkauf übergeben werden. Wenn jemand ein solches Buch kauft, weiß er natürlich, daß der Oberpedell nicht selber Eigentümer ist, er glaubt vielmehr, daß ein Student Eigen-

[1]) Die berufsmäßige Verkehrstätigkeit erscheint dem Gesetze hier, wie sonst, wichtiger als die gelegentliche.

[2]) Ohne eine gewisse Willkür läßt sich der Schutz des redlichen Dritten nicht abgrenzen, da er überall mit einer Gefährdung des redlichen „Ersten" verbunden ist und das Gesetz hier zwischen zwei unvereinbaren Schutzbedürfnissen eine Zwischenlinie ziehen muß, die nicht völlig befriedigen kann, weil keines der beiden widerstrebenden Interessen voll befriedigt werden kann.

tümer sei. Mit wem kontrahiert er dann? Kauft er vom Oberpedell und das Buch gehört nicht dem Studenten, so wird er nicht Eigentümer, weil er nicht an das Eigentum des Veräußerers glaubte; kauft er dagegen vom Studenten, dessen Bevollmächtigter der Oberpedell ist, dann wird er Eigentümer, weil er an das Eigentum des verkaufenden Studenten geglaubt hat. Aber es wird sehr schwer zu sagen sein, in welchem Sinne der Vertrag geschlossen wird.[1]) Es wäre vielleicht wünschenswert und jedenfalls einfacher gewesen, wenn das B.G.B. mit dem Handelsgesetzbuch Übereinstimmung erzielt hätte.

Dagegen ist der Erwerb durch guten Glauben nicht etwa auf bestimmte causae, insbesondere auf entgeltliche Erwerbsgründe beschränkt. Die Konsequenz ist, daß auch der gutgläubige Geschenknehmer vom Nichteigentümer erwerben kann, wenn er an das Eigentum des gütigen Schenkers glaubte, der es in Wahrheit nicht hatte. Nur freilich haftet dann der Geschenknehmer nach § 816 aus der Kondiktionenlehre persönlich demjenigen, dessen Eigentum durch diese Schenkung zu Grunde geht (vgl. oben S. 597).

Bei den drei Abkürzungen der Übergabe sind aber für den Erwerb durch guten Glauben gewisse Erschwerungen getroffen, aus guten Gründen, weil sonst diese Abkürzungen allzuweit tragende Konsequenzen nach sich ziehen würden.[2])

1. Über die traditio brevi manu bestimmt § 932 Abs. 1 Satz 2, daß der gutgläubige Eigentumserwerber den Besitz auch vom Veräußerer des Eigentums erlangt haben muß. Wenn also A eine Sache bei B deponiert, und dann X sich für den Eigentümer ausgibt und an B die Sache schenkt oder verkauft, so kann B., obwohl er vielleicht in gutem Glauben von dem Eigentümer erwirbt, doch nicht Eigentümer werden, weil er den Besitz nicht von dem Veräußerer, dem Schenker oder Verkäufer X, sondern von A erlangt hatte. Natürlich ist das zur Sicherung des A bestimmt, der durch diese Intervention des X, der weder Eigentum noch Besitz hat, nicht um sein Eigentum gebracht werden soll.[3])

[1]) Vgl. hierzu oben Bd. I S. 179.

[2]) Geschäftsabschlüsse über abwesende Sachen sind leicht gewagte und erhalten somit grundsätzlich nicht den vollen Rechtsschutz.

[3]) M. E. auch zum Schutze jedes Dritten, der etwa der wahre Eigentümer ist. Ein solches Geschäft, bei dem der Zwiespalt zwischen den Deponenten und dem Veräußerer auffallen muß, erscheint nicht vertrauenswürdig genug, um eine ungewöhnliche Kraft vom Gesetze zu erlangen.

gute Glaube des Erwerbers die Befugnis des Veräußerers oder Verpfänders, über die Sache für den Eigentümer zu verfügen, betrifft." Das Motiv war, daß im Handelsverkehr als Verkäufer ja ganz gewöhnlich Kommissionäre und Agenten auftreten, also Nichteigentümer, von denen jemand die Sachen erwirbt. Da soll es also genügen, wenn der Erwerber die Befugnis des Kommissionärs, über die Sache zu verfügen, als gegeben voraussetzt. Die praktischen Konsequenzen sind erhebliche. Man setze etwa: Ich kaufe ein Buch von einem Antiquar, der mir erklärt, er sei zwar nicht Eigentümer, aber er habe es von einem anderen mit dem Auftrage zum Verkauf erhalten, und verkaufe es nunmehr im eigenen Namen. Dann erwerbe ich das Eigentum, auch wenn in Wahrheit dieser Auftrag nicht erteilt war, wenn ich nur an die Befugnis des Antiquars zur Veräußerung glaubte. Kaufe ich dagegen ein Buch nicht von einem Kaufmanne, sondern von einem Kollegen, der mir sagt, er wolle für Rechnung des Eigentümers verkaufen, während das in Wahrheit nicht zutrifft, so erwerbe ich kein Eigentum, weil ich meinen Kollegen, der mir sagte, daß er für einen anderen verkaufen wolle, nicht für den Eigentümer hielt. Das Ergebnis ist, daß man außerhalb des kaufmännischen Verkehrs gut tut, dem angeblich zum Verkaufe bevollmächtigten Nichteigentümer zu erklären, man kaufe nur vom Eigentümer selber, oder aber, er solle den Eigentümer zur Stelle schaffen oder eine Vollmacht des Eigentümers vorlegen.

Daß diese Beschränkung des B.G.B. gegenüber dem Handelsgesetzbuch[1]) gerade sehr praktisch sei, kann ich nicht finden,[2]) und ich glaube, es ist in der Praxis oft recht schwer zu unterscheiden, ob derjenige, von welchem man kauft, im eigenen Namen als Selbstverkäufer kontrahiert oder im fremden Namen. So hat z. B. der Oberpedell der Universität beständig Bücher zum Verkaufe stehen, die ihm von Studenten mit dem Auftrage zum Verkauf übergeben werden. Wenn jemand ein solches Buch kauft, weiß er natürlich, daß der Oberpedell nicht selber Eigentümer ist, er glaubt vielmehr, daß ein Student Eigen-

[1]) Die berufsmäßige Verkehrstätigkeit erscheint dem Gesetze hier, wie sonst, wichtiger als die gelegentliche.

[2]) Ohne eine gewisse Willkür läßt sich der Schutz des redlichen Dritten nicht abgrenzen, da er überall mit einer Gefährdung des redlichen „Ersten" verbunden ist und das Gesetz hier zwischen zwei unvereinbaren Schutzbedürfnissen eine Zwischenlinie ziehen muß, die nicht völlig befriedigen kann, weil keines der beiden widerstrebenden Interessen voll befriedigt werden kann.

tümer sei. Mit wem kontrahiert er dann? Kauft er vom Oberpedell und das Buch gehört nicht dem Studenten, so wird er nicht Eigentümer, weil er nicht an das Eigentum des Veräußerers glaubte; kauft er dagegen vom Studenten, dessen Bevollmächtigter der Oberpedell ist, dann wird er Eigentümer, weil er an das Eigentum des verkaufenden Studenten geglaubt hat. Aber es wird sehr schwer zu sagen sein, in welchem Sinne der Vertrag geschlossen wird.[1]) Es wäre vielleicht wünschenswert und jedenfalls einfacher gewesen, wenn das B.G.B. mit dem Handelsgesetzbuch Übereinstimmung erzielt hätte.

Dagegen ist der Erwerb durch guten Glauben nicht etwa auf bestimmte causae, insbesondere auf entgeltliche Erwerbsgründe beschränkt. Die Konsequenz ist, daß auch der gutgläubige Geschenknehmer vom Nichteigentümer erwerben kann, wenn er an das Eigentum des gütigen Schenkers glaubte, der es in Wahrheit nicht hatte. Nur freilich haftet dann der Geschenknehmer nach § 816 aus der Kondiktionenlehre persönlich demjenigen, dessen Eigentum durch diese Schenkung zu Grunde geht (vgl. oben S. 597).

Bei den drei Abkürzungen der Übergabe sind aber für den Erwerb durch guten Glauben gewisse Erschwerungen getroffen, aus guten Gründen, weil sonst diese Abkürzungen allzuweit tragende Konsequenzen nach sich ziehen würden.[2])

1. Über die traditio brevi manu bestimmt § 932 Abs. 1 Satz 2, daß der gutgläubige Eigentumserwerber den Besitz auch vom Veräußerer des Eigentums erlangt haben muß. Wenn also A eine Sache bei B deponiert, und dann X sich für den Eigentümer ausgibt und an B die Sache schenkt oder verkauft, so kann B., obwohl er vielleicht in gutem Glauben von dem Eigentümer erwirbt, doch nicht Eigentümer werden, weil er den Besitz nicht von dem Veräußerer, dem Schenker oder Verkäufer X, sondern von A erlangt hatte. Natürlich ist das zur Sicherung des A bestimmt, der durch diese Intervention des X, der weder Eigentum noch Besitz hat, nicht um sein Eigentum gebracht werden soll.[3])

[1]) Vgl. hierzu oben Bd. I S. 179.

[2]) Geschäftsabschlüsse über abwesende Sachen sind leicht gewagte und erhalten somit grundsätzlich nicht den vollen Rechtsschutz.

[3]) M. E. auch zum Schutze jedes Dritten, der etwa der wahre Eigentümer ist. Ein solches Geschäft, bei dem der Zwiespalt zwischen den Deponenten und dem Veräußerer auffallen muß, erscheint nicht vertrauenswürdig genug, um eine ungewöhnliche Kraft vom Gesetze zu erlangen.

2. Für das constitutum possessorium bestimmt eine Erschwerung § 933. Der gutgläubige Erwerber wird erst dann Eigentümer, wenn ihm die Sache von dem Veräußerer auch tatsächlich übergeben und er zu dieser Zeit in gutem Glauben ist. Ich kann z. B. ein Buch, das ich aus der königlichen Bibliothek entliehen habe, nicht übereignen, indem ich dabei dem dritten redlichen Erwerber erkläre, es einstweilen noch leihweise behalten zu wollen.[1]) Ich kann das Eigentum an dem Buch als Nichteigentümer nicht einem andern übertragen, ehe dieser nicht den Besitz tatsächlich von mir erlangt hat. Dann allerdings wird er Eigentümer — natürlich sein guter Glaube vorausgesetzt — dagegen nicht, so lange ich, der Veräußerer, es meinerseits noch behalte.

3. Über § 931 bestimmt § 934 folgendes: „Der gutgläubige Erwerber kann durch die bloße Abtretung nur vom mittelbaren Besitzer der Sache Eigentum erlangen." Also, wenn ich etwa eine Kiste mit fremdem, mir nicht gehörigem Silber auf der Bank deponiert habe, so kann ich durch Abtretung meines Anspruches allerdings das Eigentum daran übertragen.[2]) Aber wenn der Abtretende nicht mittelbarer Besitzer ist, dann geht das Eigentum an den Erwerber erst mit der Erlangung des Besitzes über. Verschenke ich also eine mir gestohlene Sache, die nicht in meinem Eigentum ist, durch Abtretung meines Anspruches an den Dieb, dann wird der Beschenkte doch nicht Eigentümer, ehe er sie nicht in Besitz bekommen hat.[3])

Ausnahmen von dem Erwerb kraft guten Glaubens:

§ 935 betrifft die aus dem Handelsgesetzbuch bekannten Fälle, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen, oder sonst abhanden gekommen war, und ebenso — wie der Paragraph vorsorglich hinzufügt — wenn der Eigentümer nur mittelbarer Besitzer der Sache war, und die Sache dem unmittelbaren Besitzer abhanden gekommen ist. Wenn sie also z. B. einem Leihhausbesitzer gestohlen war, so kann der gutgläubige Erwerb der auf dem Leihhaus versetzten Sache nicht durch Abtretung des Anspruchs, den der Verpfänder hatte, bewirkt werden.

---

[1]) Der redliche Erwerber zeigt hier ein solches Übermaß des Vertrauens, daß die Rechtsordnung sich scheut, es mit ihrem Schutze zu decken.

[2]) Hier wird sogar ein Geschäftsabschluß über eine abwesende Sache ausnahmsweise bevorzugt, vgl. S. 121 Anm. 2.

[3]) Hier zeigt der Erwerber einen gewissen Wagemut, den zu begünstigen vom Verkehrsbedürfnisse nicht geboten erscheint.

Hier haben wir wieder einen Fall, wo das Wort Besitzer in einem engeren Sinne verstanden ist. Mit dem Besitzer ist hier nur der unmittelbare Besitzer gemeint.[1]) Unfreiwilliger Besitzverlust läßt also dem gutgläubigen Erwerb keinen Raum. Es kann hier nicht der Satz gelten: „Hand wahre Hand", weil der Eigentümer die Sache garnicht aus der Hand gegeben hat, sondern sie ihm entzogen worden ist.

Die bekannte Kasuistik, die sich an den Ausdruck „abhanden gekommen" anknüpft, braucht hier nicht erst wiederholt zu werden. Als unfreiwilliger Besitzverlust muß auch ein solcher Verlust angesehen werden, der infolge von Erpressung eingetreten ist, wenn auch der durch die Erpressung Bedrohte die Sache übergeben hat.[2]) Wenn infolge der Handlung eines Wahnsinnigen, einer traditio, die der Wahnsinnige vorgenommen hat, die Sache an einen anderen gekommen ist, so ist sie nicht freiwillig, sondern durch einen willenlosen Akt des Wahnsinnigen, und insofern unfreiwillig dem Eigentümer abhanden gekommen,[3]) und was dergleichen Fälle mehr sind. Dasselbe gilt, wenn jemand infolge eines Notstandes Sachen wegwirft. Dernburg[4]) bildet das Beispiel: Es ist eine Feuersbrunst ausgebrochen, und der bedrohte Eigentümer wirft seine Sachen aus dem Fenster, um sie zu retten. Dann wird man nicht sagen können, daß der Besitz freiwillig aufgegeben wurde.[5])

Auch diese bekannte Ausnahme des unfreiwilligen Verlustes fällt bei gewissen Sachen wieder weg nach § 935 Abs. 2, nämlich bei Geld,

---

[1]) Ein neuer Beweis dafür, daß man an der Eindeutigkeit des Wortes „Besitz" auch im B.G.B. nicht ganz streng festhalten kann, vgl. S. 2 Anm. 4.

[2]) Der Vorwurf der Unvorsichtigkeit („Wo Du Deinen Glauben gelassen hast, da magst Du ihn suchen") trifft ihn nicht. M. E. entstammt übrigens dieser Vorwurf einer niederen Kulturstufe, nicht einem allgemeinen nationalen Empfinden. Doch ist das Gegenteil herrschende Meinung.

[3]) Bei beschränkter Geschäftsfähigkeit ist das Gleiche mit Unrecht bestritten, vgl. Biermann, Anm. 2 zu § 935.

[4]) III, 2. Aufl., S. 289 § 102, 2.

[5]) Biermann bestreitet hier Besitzverlust (Anm. 3 zu § 935), aber man denke nur an einen Wurf aus dem Waggonfenster eines fahrenden Eisenbahnzuges. Geschieht der Wurf in einer Notlage (z. B. um eine Geldtasche dem Angriffe eines Räubers zu entziehen), so kann von einer Unvorsichtigkeit bei der Weggabe nicht die Rede sein. Ebenso m. E. nicht bei der Weggabe einer Sache aus einem Rechtsgeschäft, das an einem Willensmangel leidet, vgl. Biermann, Anm. 3 zu § 935. Streitig ist dies m. E. mit Unrecht in den Fällen, in denen Verwechslungen bei der Übergabe stattgefunden haben.

bei Inhaberpapieren und bei Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden.[1]) Bei diesen drei Arten von Sachen sollte eben ihre Umlaufsfähigkeit möglichst gesteigert werden, und darum sind diese Sachen von dem dritten Erwerber überhaupt nicht anders zu erlangen, als mit der Behauptung, daß der Erwerber ohne guten Glauben erworben habe. In Berlin hat ein früherer Handelsgehilfe seinen Prinzipal ermordet und dann sofort in der Nacht eine Menge von Hundertmarknoten aus dessen Schublade herausgenommen und dabei mit frischem Blut befleckt. Er ging darauf zu seinem Wirt und bezahlte die rückständige Miete mit den blutigen Hundertmarkscheinen. Der Wirt bemerkte das frische Blut an den Scheinen und fragte seinen Mieter, ob er sie auch nicht unredlich erworben habe. „Danach hast Du nicht zu fragen", erwiderte der Mörder, „hier ist das Geld." Da hätte der Erbe diese Sachen vindizieren können, denn es ließ sich nach den Umständen die Behauptung begründen, daß der Erwerber mit grober Fahrlässigkeit erworben habe, also mala fides vorlag.

Zu Inhaberpapieren wird man natürlich auch Karten und Marken des täglichen Verkehrs rechnen müssen, die keinen Gläubiger angeben. Denn § 807 sagt ausdrücklich: „Werden Karten, Marken oder ähnliche Urkunden, in denen ein Gläubiger nicht bezeichnet ist, von dem Aussteller unter Umständen ausgegeben, aus welchen sich ergibt, daß er den Inhaber zu einer Leistung verpflichten will, so finden die Vorschriften des § 793 Abs. 1 und der §§ 794, 796, 797 entsprechende Anwendung." Unser § 935 ist dabei zwar nicht mit citiert, aber man wird trotzdem diese Karten und Marken auch für sein Gebiet den Inhaberpapieren gleichstellen müssen,[2]) dagegen natürlich nicht die qualifizierten Legitimationspapiere, wie Sparkassenbücher, Depotscheine u. dergl. m., bei denen der Aussteller sich nicht verpflichtet, an den

[1]) Streitig ist die Fortdauer eines Rechtserwerbs vom Nichteigentümer bei gewissen Fällen des römischen Rechts, die m. E. mit Unrecht von einigen dem öffentlichen Rechte zugezählt werden (Veräußerungen des Fiskus und des Regenten), vgl. Biermann, Anm. 5 zu § 935. Es liegt m. E. hier ein reines Privatrecht vor, das lediglich im Dienste öffentlichrechtlicher Grundsätze steht.

[2]) Es ist dies keineswegs zweifellos; denn die Hervorhebung dieser Papiere und Zeichen aus dem Kreise verbriefter Forderungen geschieht nur um ihrer sicheren Vollstreckbarkeit willen, nicht aber, um aus ihnen ein „kaufmännisches Papiergeld" zu machen, d. h. sie in ihrer Zirkulationsfähigkeit dem Gelde gleich zu stellen. Der letztere Zweck ist es aber, auf dem § 935 Abs. 2 beruht. Ebenso wie Eck, Biermann, Anm. 4 zu § 935. Anders Staub zu § 366 H.G.B. Anm. 1b S. 1182.

Inhaber zu zahlen, sondern nur das Recht vorbehält, sich durch Leistungen an den Inhaber zu befreien.[1])

Zu dem Satze, daß die Sachen, die im Wege öffentlicher Versteigerung veräußert werden, auch dann, wenn sie gestohlen oder verloren waren, auf den Erwerber übergehen, darauf hinzuweisen, daß der Begriff „öffentliche Versteigerung" im B.G.B. an einer anderen Stelle enger bestimmt ist, als er jetzt in der preußischen Praxis definiert zu werden pflegt. Diese versteht darunter jede Versteigerung, bei der jedermann Zutritt hat. Aber § 383 Abs. 3 des B.G.B. schränkt den Begriff ein.[2]) Da ist gesagt: „Die Versteigerung hat durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten anderen Beamten oder öffentlich angestellten Versteigerer zu erfolgen (öffentliche Versteigerung), sodaß also die Öffentlichkeit so zu sagen doppelt erfordert wird: im Sinne der Zugänglichkeit für jedermann und im Sinne der Abhaltung durch einen staatlichen Vertreter."[3])

Die Wirkung des gutgläubigen Erwerbs ist Erlöschen des bisherigen Eigentums, das nach § 936 sowohl bei dem Eigentumserwerb, der vom bisherigen Eigentümer hergeleitet wird, als auch bei dem sonstigen Eigentumserwerb kraft guten Glaubens eintritt; denn § 936 sagt schlechthin: Mit dem Erwerb des Eigentums erlischt das Recht eines Dritten, mit dem die veräußerte Sache belastet ist. Es erlöschen also auch die Rechte dritter Personen an der Sache, z. B. das Pfandrecht des Vermieters an Sachen, die dadurch, daß der Mieter rückte,[4]) ihm entzogen worden sind, wenn der Mieter seine Sachen an einen Dritten veräußert, der keine Kenntnis

---

[1]) Auch dies zuletzt mit Recht Bemerkte ist nicht unbestritten, vgl. hierzu die bei Biermann Anm. 4 zu § 935 Genannten. Vgl. zu dem Text Jacobi, Die Wertpapiere im B. R., Jena 1901, S. 20 ff., 255 ff., 363 ff.

[2]) Allerdings nur im Zusammenhange mit dem Recht der Hinterlegung.

[3]) Ecks Beweisführung stützt sich auf die m. E. nicht unbedenkliche Annahme, daß die Gesetzgebung auf der ganzen Linie dieselben Worte immer genau in demselben Sinne brauche. Trotzdem muß man ihr beitreten: 1. weil Ausnahmevorschriften streng ausgelegt werden, 2) weil verständigerweise ein Gesetz keinen Anlaß hat, öffentlichen Verkäufen, die von beliebigen, vielleicht minderwertigen Privatleuten abgehalten werden, eine künstliche Anziehungskraft zu verleihen, jedenfalls keine so handgreifliche, wie bei der Unterstützung der Amtsführung staatlicher Vertreter.

[4]) D. h. heimlich auszog.

von dem Pfandrecht des Vermieters hatte; vorausgesetzt ist natürlich wieder der gute Glaube des Erwerbers. Nach demselben § 936 sind dann für die drei Abkürzungen der Übergabe hier dieselben Erschwerungen wiederholt, von denen vorher ausführlich die Rede gewesen ist. Auch hier, beim Erlöschen der Rechte, der jura in re aliena, geht das Handelsgesetzbuch in § 366 Abs. 2 einen Schritt weiter. „Ist die Sache mit dem Rechte eines Dritten belastet, so finden die Vorschriften des B.G.B. zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auch dann Anwendung, wenn der gute Glaube die Befugnis des Veräußerers oder Verpfänders, ohne Vorbehalt des Rechtes über die Sachen zu verfügen, betrifft." Also, wenn jemand von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes eine bewegliche Sache erwirbt, so schadet ihm nach dem Handelsrecht die Kenntnis des fremden Rechtes nicht, wenn der Erwerber nur glaubt, der Veräußerer sei befugt, ohne Vorbehalt dieses Rechtes über die Sache zu verfügen. Es ist das dieselbe Divergenz, die wir in Bezug auf das Eigentum zwischen Handelsgesetzbuch und B.G.B. kennen gelernt haben.

Nur dann erlischt nach dem B.G.B. § 936 Abs. 3 ein solches Recht eines Dritten an der Sache nicht, wenn das Eigentum durch Abtretung des Anspruches an einen Dritten auf Herausgabe erworben wird, und der Dritte selber das Recht an der Sache hatte. Veräußere ich z. B. ein Pfandstück, das sich in Händen des Pfandgläubigers befindet, durch Abtretung meines Anspruches, den ich an den Pfandgläubiger habe, dann wird § 936 Platz greifen. Mag der Erwerber von diesem Pfandrechte wissen oder nicht, das Pfandrecht des Dritten kann dann nicht erlöschen, nicht bloß, wenn die Sache auf dem Leihhaus liegt, in welchem Falle der Erwerber natürlich wissen wird, daß für den Leihhausbesitzer ein Pfandrecht darauf besteht, sondern auch, wenn etwa jemand ein Buch oder einen Ring durch Abtretung seines Anspruches an einen Dritten überträgt, ohne daß der Erwerber wissen kann, der unmittelbar besitzende Dritte sei Pfandgläubiger.[1])

Während so das B.G.B. den guten Glauben in viel weiterem Umfange schützt als das Preuß. A.L.R., geht es merkwürdigerweise für einen Fall wieder hinter das Preuß. L.R. zurück. Wenn jemand die gestohlene, verlorene oder dem Eigentümer abhanden gekommene Sache

[1]) Ohne das würden die Rechte solcher Dritter in unerträglicher Weise gefährdet sein.

redlich erwirbt, also wegen des Makels der Furtivität nicht Eigentümer werden kann, und die Sache ihm nun vermittelst der Eigentumsklage abgestritten wird, so hat der Erwerber nicht mehr wie bisher nach preußischem Recht (A.L.R. I, 15 § 25) einen Lösungsanspruch auf Erstattung des redlich Verwendeten. Der Entwurf I kannte noch in § 939 einen solchen Anspruch, ist aber gestrichen.

Es werden z. B. im Laufe des Jahres in der Berliner Universität gegen hundert Paletots von dritten Personen gestohlen. Wenn der Dieb diese an einen Trödler veräußert und der Trödler sie redlich erwirbt, der Bestohlene aber seinen Paletot vindiziert, so hat der Trödler keinen Lösungsanspruch wie nach preußischem Recht, sondern muß die Sache ohne weiteres herausgeben. Warum das B.G.B. hier auf einmal von dem Schutze des redlichen Erwerbes ganz abgeht, ist aus den Motiven nicht zu ersehen.[1])

§ 16.

5. Ersitzung (§§ 937—945).

Die Ersitzung ist nur dann von Erheblichkeit, wenn nicht schon der Erwerb kraft guten Glaubens Eigentum gegeben hat, namentlich also bei gestohlenen Sachen, aber auch dann, wenn ein anderes Hindernis als mangelhaftes Eigentum des Veräußerers vorlag. Wenn ein Geschäftsunfähiger, z. B. ein Geisteskranker oder ein Minderjähriger oder ein angeblicher Vertreter auf Grund einer gefälschten Vollmacht etwas veräußert hat, so kann, weil ein Eigentumserwerb nicht stattfindet, die Ersitzung heilend eingreifen.

Die Ersitzung erfordert nur zehnjährigen Eigenbesitz, wie nach preußischem Recht, und keinen justus titulus, wohl aber guten Glauben. Dessen Erfordernis ist wieder negativ dadurch ausgedrückt, daß die Ersitzung wegfällt, wenn der Besitzer beim Erwerb nicht in gutem Glauben war, also auch, wenn er grob fahrlässig das fremde Eigentum oder andere Erwerbshindernisse verkannt hat. Ferner auch dann, wenn er später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht. Dies ist der Satz:

[1]) Jedenfalls, um Diebe und Hehler nicht zu begünstigen; denn die „redlichen" Dritten sind oft nur Unredliche, denen man ihre wahre Gesinnung nicht nachweisen kann. Die Verwalter der Leihhäuser werden in Zukunft viel vorsichtiger sein müssen, als nach preußischem Rechte; denn gerade bei diesen Häusern werden gestohlene Sachen häufig von den Dieben verwertet, aber auch am leichtesten durch die Polizei aufgefunden.

Mala fides superveniens nocet, den das kanonische Recht aufgebracht hat. Aber bemerkenswert ist die Verschiedenheit, daß bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes schon culpa lata, grob fahrlässiges Verkennen des Hindernisses, die Ersitzung nicht beginnen läßt. Dagegen muß die später eingetretene mala fides auf dem Bewußtsein des fremden Eigentums beruhen. In § 937 Abs. 2 heißt es ja: „Oder wenn er später erfährt, daß ihm das Eigentum nicht zusteht." Da ist ein Wissen um das fremde Eigentum vorausgesetzt.[1])

Ob nun auch der bloß mittelbare Besitzer ersitzen könne, ist natürlich auch hier wieder eine Streitfrage, denn das B.G.B. spricht bloß vom Erwerbe des Eigenbesitzers. M. E. muß das auch hier bejaht werden, weil das Wort „Besitz" im Zweifel den weiteren Sinn hat. Es hat z. B. jemand eine Sache von einem anderen durch constitutum possessorium erworben, er hat sie niemals gesehen, sie ist in den Händen des Veräußerers geblieben. Trotzdem ist er Eigenbesitzer geworden, wenn auch nur mittelbar und dies muß zur Ersitzung genügen.

§ 938 erleichtert in bemerkenswerter Weise ebenso wie die bisherige Praxis den Beweis des fortdauernden Besitzes. Es soll genügen, wenn jemand beweist, daß er am Anfang und Ende des zehnjährigen Zeitraums Eigenbesitz gehabt hat. Dann wird vermutet, daß er auch in der Zwischenzeit denselben gehabt habe. Das ist das bekannte gemeinrechtliche Sprichwort: Olim possessor et hodie possessor semper possessor. Sodann gewährt das B.G.B. in weitestem Maße Hinzurechnung der Ersitzungszeit eines Rechtsvorgängers. Es läßt durch Personenwechsel die Ersitzung nicht unterbrochen werden. Zunächst geht, was hier nicht erst ausgesprochen ist, aber aus früher entwickelten Grundsätzen folgt, beim Erbgang der Besitz von selber auf den Erben über. Also muß der Erbe auch die Ersitzung seines Erwerbers fortsetzen. Zugleich kann der Erbe, falls dieser Besitz des Erwerbers kein Ersitzungsbesitz war, auch seinerseits keine Ersitzung anfangen. Wenn er also einen zur Usucapion untauglichen Besitz bekommt, so kann er seinerseits eine Ersitzung nicht beginnen, ganz so wie richtig verstanden, schon das römische Recht bestimmte. Dagegen trifft für die Sondernachfolge § 943 eine besondere Bestimmung dahin, daß die Besitzzeit des Auktors dem Rechtsnachfolger zu statten kommen soll, die gemeinrechtliche accessio possessionis.

[1]) Man sieht daraus, daß der Gedanke des kanonischen Rechtes ein neuer eigenartiger war.

Noch weiter geht § 944, der ganz neu ist. Es wird die Ersitzungszeit, die bei einem Erbschaftsbesitzer verstrichen ist, nachher dem Erben hinzugerechnet, also der possessor pro herede, selbst wenn er hinsichtlich seines Erbrechts nicht in gutem Glauben gewesen sein sollte, aber den Besitz des Erblassers fortgesetzt hat, erweist mit seinem Besitze dem wahren Erben eine Wohltat.[1])

Dann ist über Unterbrechungen im wesentlichen, wie nach dem bisherigen Recht bestimmt, daß die Ersitzung durch den Verlust des Besitzes unterbrochen wird (§ 940), die römische usurpatio.

Aber freilich, wenn unfreiwillig verlorener Besitz[2]) binnen einem Jahre zurückerlangt oder durch Erhebung der Eigentumsklage zurückgewonnen wird,[3]) so gilt die Unterbrechung als garnicht erst erfolgt. Ein anderer Unterbrechungsgrund ist nach § 941 die Erhebung der Eigentumsklage.

Endlich ist die Wirkung der Ersitzung auch hier wieder zwar zunächst Eigentum des Ersitzenden, aber weiter gehend, gerade wie beim Eigentum des gutgläubigen Erwerbers, auch Erlöschen der Rechte, welche dritte Personen an der Sache hatten (§ 945), vorausgesetzt, daß der Ersitzende hinsichtlich dieser Rechte in gutem Glauben war, d. h. von ihnen nichts wußte. Während man bei den Römern die Sache cum onere oder cum sua causa erfaß, wird nach § 945 eine Ersitzung der Freiheit von jura in re aliena, deren Dasein der Ersitzende nicht kannte, festgesetzt. Kannte aber der Ersitzende diese Rechte, dann bestehen sie fort.[4]) So ist es möglich, daß jemand das Eigentum ohne die Freiheit von jura in re aliena ersitzt, andererseits aber auch möglich, daß jemand volle Freiheit von jura in re aliena ersitzt, aber nicht das Eigentum. Diese beiden Institute sind nach § 945 zu trennen.[5])

---

[1]) M. E. mit Recht, denn der günstige Schein, den der dauernde Besitz verleiht, muß hier auf den Erben fallen.

[2]) Dahin gehört auch ein solcher Besitz, der durch ein wegen Willensmangel anfechtbares und angefochtenes Geschäft verloren gegangen ist (Dernburg § 106, 5 S. 299), weil er durch die Anfechtung als eine res facti nicht ohne weiteres wieder erworben werden kann. A. M. Biermann, Anm. 2 zu § 940.

[3]) Ähnlich und zwar noch weiter greifend ist die nur wenig beachtete l. 13 § 9 Dig. XLI, 2. Die Jahresfrist des B.G.B. ist nicht leicht zu rechtfertigen.

[4]) Dann ersitzt man also auch noch jetzt die Sache nur cum sua causa.

[5]) Diese usucapio libertatis für bewegliche Sachen läßt sich mit der römischen Ersitzung der Pfandfreiheit vergleichen. Von der gleichnamigen römischen Erwerbsform, die sich gegen Grunddienstbarkeiten richtete, unterscheidet sie sich dadurch, daß

§ 17.

6. Verbindung, Vermischung und Verarbeitung.[1])

a) Eine Verbindung läßt das B.G.B. nur eintreten, wenn eine bewegliche Sache zum wesentlichen Bestandteil eines Grundstücks (§ 946) gemacht oder mit einer anderen Hauptsache „in gleicher Weise“[2]) verbunden wird (§ 947 Abs. 2). „Dann folgt die hinzugefügte Sache der Hauptsache, gleichviel, wer die Verbindung bewirkt.“[3])[4]) Der Handwerker, der für einen Bau Materialien liefert, ebenso der Maurer, der Steine verbaut, kann sich hiernach kein Eigentum vorbehalten, so wenig, wie ein Tischler das Eigentum an dem Bestandteile einer Türe u. dgl. m. Die Materialien gehen in das Grundstück über, dessen Bestandteile sie werden. Ist aber keine der beiden verbundenen Sachen Hauptsache,[5]) dann entsteht nach § 947 Abs. 1 Miteigentum nach Verhältnis des Wertes, den die miteinander verbundenen Sachen zur Zeit der Verbindung hatten.

---

sie einen sichtbaren dauernden Zustand, der der ersessenen Freiheit entspricht, nicht voraussetzt. Der Wortlaut des Gesetzbuches läßt sie nur als Nebenfolge einer Eigentumsersitzung zu. Eine entsprechende Ausdehnung auf den Fall einer anderen Erwerbsart des Eigentums, das nach der Meinung des Erwerbers frei ist, wird in den Materialien vorausgesetzt, Mot. III S. 356, Protokolle Bd. III S. 238 und gilt als unbedenklich, Biermann, Anm. 2 zu § 945. (Die Protokolle schließen a majore a minus). Diesen Fall hat auch wohl Eck im Auge. Man wird dagegen die Freiheitsersitzung nicht auch dann annehmen dürfen, wenn ein Eigentümer den Glauben, daß das belastende Recht nicht vorhanden sei, bei einer anderen Gelegenheit als dem Eigentumserwerbe erlangt hat. Dagegen der Wortlaut des § 945: „bei dem Erwerbe“. Ecks Worte im Texte sind in dieser Hinsicht nicht zweifellos.

[1]) Während des Druckes erschien: Tobias, Eigentumserwerb durch Verbindung, Archiv f. d. civ. Praxis, 1903. Bd. 94 S. 371 ff.

[2]) Vom Herausgeber ergänzt.

[3]) Vorbereitungsheft.

[4]) Ob der Urheber der Verbindung geschäftsfähig ist, ist gleichgültig. Das Reichsgericht wendet dies Bd. 51 Nr. 17 S. 80 auf die Aussaat eines Geisteskranken an.

[5]) Das Merkmal, an dem man erkennen soll, was eine Hauptsache und was eine Nebensache sei, läßt Eck ebenso dahingestellt wie das B.G.B. In der Regel wird der größere Wert die Hauptsache bestimmen, doch genügt dieser Gesichtspunkt nicht für sich allein, um die Frage zu erschöpfen. — Da das Recht Interessenschutz ist, so wird es wohl auch hier seine Macht nach der Seite hin wenden, wo das stärkere Bedürfnis nach der durch Verbindung geschaffenen Sache vorliegt, d. h. zu demjenigen der beiden Eigentümer, der das stärkere Bedürfnis von beiden hat, die bisherige Bestimmung seiner mit einer andern verbundenen Sache auch in der

Das folgt aus den im allgemeinen Teil erörterten Prinzipien.[1]) Wenn eine Sache nicht wesentlicher Bestandteil einer anderen wird, sondern nur mit ihr verbunden ist, ohne diese Qualität zu erlangen, dann ändert sich ihr Eigentum gar nicht. Dahin gehört nach Dernburg[2]) auch eine fremde Taxametereinrichtung, die an einer Droschke angebracht ist.

Bei der Vermischung und Vermengung (§ 948) finden im wesentlichen dieselben Regeln Anwendung wie bei der Verbindung.[3]) Sind die miteinander vermischten oder vermengten Sachen wieder trennbar,[4]) so tritt keine Wirkung auf das Eigentumsverhältnis ein, gerade wie wenn eine Sache unwesentlicher Bestandteil einer andern wird. Im übrigen wird dann, wenn eine Sache[5]) Hauptsache ist, deren Eigentümer zum Eigentümer des Ganzen, ist aber keine der beiden Sachen

---

neuen Form so viel wie möglich weiter zu genießen. Seine Sache muß als Hauptsache gelten. Dies wird wohl auch den Verkehrsanschauungen entsprechen, auf die Motive III S. 359 verweisen. Auch Code civil art. 567 (vgl. Biermann, Anm. 2 zu § 947) beantwortet die gestellte Frage nicht, sondern gibt ihr nur eine andere Fassung. (Est réputée partie principale celle a laquelle l'autre n'a été unie que pour l'usage l'ornement ou le complément de la première.) Seine früheren Versuche einer Lösung dieser Frage läßt der Herausgeber als unbefriedigend fallen und findet das gegen seinen allgemeinen Teil S. 161 von Tobias a. a. O. S. 429 Anm. 100 Bemerkte beachtenswert. Tobias hält S. 480 die wertvollere Sache für die Hauptsache und bei Wertgleichheit diejenige, die bei Verbindung von Sachen derselben Art normalerweise den höheren Wert zu haben pflegt (wie das Buch gegenüber dem Einbande), ein Gedanke, der, wie es scheint, einen richtigen Kern hat. Schließlich bestreitet Tobias (S. 430 Anm. 101) gegen die Motive III, S. 358 mit Riezler, Werkvertrag S. 58 ff., daß das Grundstück immer die Hauptsache sei. In Wahrheit ist aber der entgegengesetzte Satz der h. M. wohl ein Überrest aus der alten Zeit, in der die Häuser normalerweise wertvoller waren, als die Grundstücke, und hat sich aus jener Zeit bis in die Anschauungen der Gegenwart hinein vererbt.

[1]) Vgl. Bd. 1 S. 99 ff. auch § 2172 und hierzu jetzt Tobias Archiv f. civ. Pr. Bd. 94 S. 389 Anm. 23.

[2]) Bürg. R. 2. Aufl. Bd. 3 S. 302 § 107 Anm. 4.

[3]) Die im B.G.B. angeordnete gleichmäßige Behandlung fester und flüssiger Körper, die im gemeinen Rechte streitig war, erklärt sich aus der Gleichheit der Gesetzgebungsziele bei beiden Arten von Sachen.

[4]) Die allzu kostspielige Trennung kommt nicht in Betracht (§ 948 Abs. 2). Von ihr denkt der sparsame Gesetzgeber: Nec facere nos posse credendum est.

[5]) Genauer: die eine Hauptmasse, z. B. eine Weinbowle, zu der eine Flasche Selterwasser hinzugeschüttet worden ist.

Hauptsache, so entsteht auch hier wieder Miteigentum.[1]) Hierzu bestimmt § 419 Abs. 1 des H.G.B., daß bei der Lagerung vertretbarer Sachen der Lagerhalter zu ihrer Vermischung zwar nur dann befugt ist, wenn ihm diese ausdrücklich gestattet wurde. Auch in diesem Falle erwirbt er selbst nicht Eigentum der vermischten fremden Güter, aber er ist befugt, aus dem Gesamtvorrat, der durch die Mischung entstanden ist, jedem Einlagerer den ihm gebührenden Anteil auszuliefern, ohne daß er der Genehmigung der übrigen Beteiligten bedarf. Hier kann also ein Nichteigentümer aus der Masse, die mehreren Miteigentümern gehört, einzelne Anteile ausscheiden und den Einlagerern abliefern.[2])

Bemerkenswert ist noch, daß, obgleich das B.G.B. über die Vermischung von Geld nichts besonderes bestimmt, das von einem Dritten redlich erworbene fremde Geld nicht vindiziert werden kann, selbst wenn es gestohlen, verloren oder abhanden gekommen war. (§ 935 Abs. 1.) Wenn der Erwerb nicht bona fide geschieht, so entsteht Miteigentum nach der Regel, die im § 948 für die Fälle untrennbarer Vermengung ausgesprochen ist.[3])

b) Als dritter Fall ist die Spezifikation (Verarbeitung) kurz zu berühren. Das römische Recht hat bekanntlich nur einen engen Begriff von Spezifikation. Es erfordert die Verarbeitung oder Umbildung eines Stoffes zu einer neuen beweglichen Sache.[4]) Bekanntlich ließ außerdem das römische Recht das Eigentum auf den Spezifikanten nur übergehen, wenn die Sache nicht in ihre alte Gestalt zurückführbar ist.[5])

---

[1]) Über Berechnung der Anteile bei unbestimmten Mengen vgl. Biermann zu § 948; über die Schicksale der dinglichen Rechte an den verbundenen Sachen § 949.

[2]) Es ist das eine gesetzliche Vollmacht, den Anspruch der Einzelnen auf Abscheidung ihres Anteils statt der dazu verpflichteten Miteigentümer zu befriedigen.

[3]) Der eigentümliche Hinzutritt des Eigentums an einem Schuldschein zu dem Forderungsrecht des Gläubigers und einige ähnliche Fälle (§ 952) ist von Eck weiter unten besprochen, vgl. hierüber Biermann zu § 952.

[4]) Das Merkmal der „Neuheit" der geänderten Sache wird durch den Hinweis auf das „Wesen" der Sache (Biermann, Anm. 1 b zu § 950) m. E. noch nicht genügend klargestellt. Nur durch die Frage, ob der Stoff in der neuen Form andern Lebensbedürfnissen dient als in der alten, wird dem Bedürfnisse der Praxis genügt.

[5]) Darin lag eine Verstärkung des Eigentumsschutzes auf Kosten des Schutzes der Arbeit. Dem entwickelten römischen Rechte erschien dies Bedürfnis des Stoff-

Schon das A.L.R. ging über diesen Begriff hinaus.[1]) Im § 950 Abs. 1 des B.G.B. dagegen ist als der Verarbeitung gleichstehend[2]) auch eine Reihe anderer Fälle aufgeführt: Schreiben, Zeichnen, Malen, kurz, jede ähnliche Bearbeitung der Oberfläche einer Sache, also auch: Färben, Bedrucken, Gravieren u. dgl. m.,[3]) was im gemeinen Recht als adjunctio (Verbindung) behandelt wird.[4])

Die Wirkung der Spezifikation ist der Eigentumserwerb desjenigen, der die neue Sache herstellt, selbst wenn man sie, wie Metall, Gold u. dgl. m., in die frühere Form zurückführen kann.

Der gute Glaube ist mit keinem Wort erfordert. Hiernach wird z. B. ein Dieb, der das von ihm gestohlene Kleid färbt, Eigentümer werden, denn er hat einen der Verarbeitung gleichstehenden Akt vorgenommen. Nach den Motiven (III. zu § 950) soll die produktive Tätigkeit, die einen solchen Erwerbsgrund bildet, auch dem Dieb und Räuber zugute kommen. Über die ausreichende Begründung dieses Satzes wird sich wohl streiten lassen.[5])

Der Eigentumserwerb ist ausgeschlossen, wenn der Wert der Arbeit erheblich geringer ist als der Wert des Stoffs (§ 950). Deshalb wird, wenn jemand silberne Löffel stiehlt und sie einschmilzt, der Dieb nicht Eigentümer werden. Wem dann die Sache gehört, sagt das B.G.B. nicht, aber natürlich wird man sie dem Eigentümer des Stoffs zusprechen. Wichtig ist dies für denjenigen, der dem Dieb die spezifizierte Sache wissentlich abkauft. Wäre der Dieb durch seinen Akt Eigen-

---

eigentümers, die Sache ihrer bisherigen Bestimmung zu erhalten, so wichtig, daß sie es den Erwerbsgelüsten des Verarbeitenden nur dann opferten, wenn es unmöglich gemacht war, jenen Wunsch des Stoffeigentümers weiterhin zu befriedigen.

[1]) A.L.R. I § 304 (eine sehr weite Begriffsbestimmung).

[2]) Eck sieht hiernach in den Worten: „Als Verarbeitung *gilt auch* das Schreiben, Zeichnen u. s. w." eine bloße Analogie, nicht eine Subsumption. Es ist dies für die technische Ausdrucksweise wichtig, im übrigen aber wohl ohne praktische Bedeutung. — Hierher gehört auch das Bedrucken von Papier. Entsch. des R.G. Bd. 54 Nr. 9 S. 31.

[3]) d. h. nur unter der Voraussetzung, daß die Sache dadurch eine neue wird. Biermann, Anm. 1 zu § 950.

[4]) Das Färben enthielt eine Verbindung, das Gravieren nicht. Der römische Standpunkt wurde von Justinian schon für Gemälde verlassen. Es lag nahe, ihn in demselben Sinne weiterhin preiszugeben.

[5]) Ein sehr mildes Urteil. — Das geltende Recht züchtigt den Dieb durch Strafe mit der einen Hand und mit der andern gibt es ihm einen Eigentumserwerb als Lohn seiner Tat.

tümer geworden, so wäre der Abkauf keine Hehlerei. Anders, wenn der Wert der Arbeit erheblich geringer ist als der des Stoffs. Aber auch dann, wenn jemand einem Dieb ein von ihm gestohlenes und gefärbtes Kleid abkauft, wird er von Strafe nicht frei sein können.[1])

Der Wissenschaft überlassen die Motive die Frage, wie es stehe, wenn die Spezifikation in fremdem Dienst vorgenommen wird. Dann erwirbt der Spezifikant für den Dienstherrn. Der Schuhmachergeselle, der bei seinem Meister Leder, das ihm nicht gehört, zu Stiefeln verarbeitet, kann unmöglich selber Eigentümer der Stiefeln werden, sondern muß seinen Meister zu ihrem Eigentümer machen.[2])

Endlich ist bestimmt, daß jemand, der durch eine der hier erwähnten Erwerbungen einen Verlust erleidet, sei es durch Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung, einen Ersatzanspruch hat und zwar allemal aus der ungerechtfertigten Bereicherung.[3]) § 951 spricht übrigens nicht von einer Herausgabe der Bereicherung, sondern gibt dem, welcher den Verlust erleidet, einen Anspruch auf Vergütung in Geld „nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung".[4]) Der Gedanke war dabei, daß, wenn eine Herausgabe in natura verlangt werden könnte, unter Umständen die neugeschaffene Sache wieder zerstört werden müßte. Das sollte vermieden werden.[5]) Darum steht das Wort „Vergütung" an Stelle von „Herausgabe".[6])

---

[1]) Da Eck soeben erst das Färben des Kleides als ein Beispiel des Erwerbes durch Verarbeitung angeführt hat, so ist es zweifelhaft, ob die im Text wiedergegebene Nachschrift nicht entstellt ist. Vielleicht wollte Eck die strafrechtliche Behandlung der Spezifikation von der civilrechtlichen trennen und die entgegengesetzten Ausführungen nur vorbringen, um sie abzulehnen und die bedenkliche Begünstigung der Rechtsnachfolger diebischer Spezifikanten wenigstens für das Strafrechtsgebiet zu vermeiden, vgl. hierzu oben S. 10 Anm. 1.

[2]) Es wiederholt sich hier der erwähnte Zwiespalt über den im Gesetzbuche nicht erwähnten stellvertretenden Erwerb des Besitzes, vgl. oben S. 23.

[3]) Für die Stellvertretungslehre wie auch sonst muß man die Verarbeitung nicht mehr und nicht minder für ein Rechtsgeschäft halten, wie die Aneignung. Gegen die Rechtsgeschäftsnatur der Spezifikation u. a. auch Biermann, Anm. 1 zu § 950. M. E. muß hier durchweg die Analogie des Besitzerwerbes Platz greifen. Literatur s. bei Biermann a. a. O. S. 159.

[4]) Ein Beispiel s. in den Entsch. des R.G. Bd. 51 Nr. 17 S. 81.

[5]) Biermann bemerkt hierzu in Anm. 1 zu § 951: „Damit ist für diesen Fall namentlich die gemeinrechtliche actio ad exhibendum beseitigt." Dort wird auch die entsprechende Ausdehnung der Vorschrift über Ersatz des Rechtsverlustes

Bei unerlaubten Handlungen kann nach § 951 Abs. 2 sogar Schadensersatz verlangt werden, und zwar besteht ja der Schadensersatz — wie wir früher gesehen haben[1]) — grundsätzlich in Naturalherstellung. Man könnte meinen, daß hiernach bei unerlaubten Handlungen des Täters der Beschädigte Wiederherstellung seiner spezifizierten Sache verlangen könne. Indessen ist in der Lehre vom Schadensersatz bestimmt, daß, wenn unverhältnismäßige Aufwendungen zum Naturalersatz nötig werden, der Ersatzpflichtige mit einer Geldentschädigung abkommen kann (§ 251 Abs. 2). Das würde auch hier Platz greifen.[2])

§ 18.

7. Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache. (§§ 953—957).

In § 953 und in der Überschrift des Abschnitts IV werden Erzeugnisse und sonstige Bestandteile einer Sache vollkommen gleichgestellt. Also ist nach der Anschauung des B.G.B. auch das Erzeugnis oder die Frucht nichts anderes als ein Bestandteil der Muttersache (eine pars fundi, wenn wir a potiori reden wollen), und die Fruchtqualität einer Sache begründet prinzipiell eine besondere Rechtslage derselben. Das ist der Gedanke Savignys,[3]) der behauptete, die Gleichstellung der Ab-

in Geld auf den „Arbeitsverlust" mit Recht befürwortet. Freilich kann nur derjenige, der seine Arbeit für Lohn zu leisten pflegt, ihre Verwendung zur Mehrung eines fremden Vermögens als Verlust in Rechnung stellen.

[6]) Der Text kann auch anders gedeutet werden, zumal er ja noch ganz besonders hervorhebt: „Die Wiederherstellung des früheren Zustandes kann nicht verlangt werden". vgl. Klingmüller, Der Begriff des Rechtsgrundes, Breslau 1901, S. 103. Die Bereicherung ist hier nicht im gewöhnlichen Sinne ungerechtfertigt; denn die Vorschriften über Eigentumserwerb rechtfertigen sie. Nur von einem höheren Standpunkte, der nicht bloß nach dem Inhalte, sondern auch nach den Zwecken des Rechtes fragt, erscheint sie als ungerechtfertigt. Vgl. auch über Fälle, in denen es an einer „Bereicherung" fehlt, Biermann, Anm. 1 zu § 951.

[1]) Bd. I S. 245 ff.

[2]) Natürlich nur, falls diese Voraussetzungen vorliegen. Die Wiederaufhebung der rechtlich untrennbaren Verbindung kann aber m. E. auch, abgesehen von ihren Kosten, nach § 951 deshalb niemals der Gegenstand des Ersatzanspruches bilden, weil das Gesetz solche Trennungen grundsätzlich nicht begünstigen will. Übrigens wird die entgegengesetzte Meinung, für die der Wortlaut spricht, von beachtenswerter Seite mehrfach vertreten, vgl. Biermann, Anm. 2 zu § 951.

[3]) Recht des Besitzes, 7. Aufl., S. 273 ff.

trennung einer Frucht und eines anderen Bestandteiles ließen sich so streng beweisen, wie nur irgend etwas im römischen Rechte, was trotzdem viel Widerspruch gefunden hat.

Das Getreide eines Grundstückes oder die Baumfrüchte unterliegen also denselben Regeln, wie ein Stück Erde von demselben Grundstück oder wie Steine und Balken im Hause, das noch nicht geborene Junge eines Tieres, wie die Knochen des Muttertieres.

Folglich kommt auch nach dem B.G.B. nichts darauf an, wer die Früchte durch Bestellung oder Pflege erzeugt hat. Damit ist also das römische Substanzialprinzip wieder in voller Schärfe hergestellt in direktem Gegensatz zum deutsch-rechtlichen Produktionsprinzip, das sich in dem bekannten Sprichwort: „Wer säet, der mähet" kund gibt. Darauf kommt nach dem B.G.B., wie nach römischem Recht nichts an. Der römische Satz: „Fructus sequuntur jus fundi, non autem jus seminis, ex quo oriuntur" gilt auch nach dem B.G.B. Hieraus ergibt sich

1. Während der Verbindung der Früchte mit der Mutterſache ergreift — wie wir schon früher im allgemeinen Teil berührt haben[1]) — jedes Recht an der Mutterſache notwendig auch die Früchte, und ein Sonderrecht an den Früchten ist ebenso unmöglich, wie an anderen Bestandteilen der Mutterſache,[2]) ein Sonderrecht an Tieren im Mutterleibe so unmöglich wie an den Knochen des Tieres, am stehenden Getreide so unmöglich wie an den Balken des Hauses. Damit ist das preußisch rechtliche Sondereigentum, das der Nutzungsberechtigte an hängenden Früchten schon seit ihrer Entstehung hatte,[3]) abgeschafft und erst mit der Trennung wird ein Sonderrecht an den bisherigen Bestandteilen möglich.[4])

2. Mit der Trennung eines Bestandteiles von der Mutterſache beginnt nun zwar ein Sonderrecht an dem abgetrennten Stück, aber das abgetrennte Stück und darum auch die geerntete Frucht bleibt doch

---

[1]) Bd. 1 S. 110.

[2]) Abgesehen von C.P.O. § 810 (Pfändung der Frucht auf dem Halme).

[3]) A.L.R. I 9 § 221.

[4]) Über unwesentliche Bestandteile vgl. Biermann, Anm. 1 zu § 953. Bei ihnen kann die Vorschrift doch wohl nur gelten, sofern sie bei der Trennung noch dem Eigentümer gehören. Dies gilt auch zweifellos für das ausnahmsweise zugelassene Sondereigentum an stehenden Erzeugnissen (E.G. § 181 Abs. 2) Prot. Bd. 6 S. 518.

identisch mit dem bisherigen Substanzteil. Darum dauert grundsätzlich auch an dem abgetrennten Stück das bisherige Recht fort und es entsteht kein neues Recht. Diese Anschauung tritt in § 953 ganz deutlich zu Tage, wo es heißt: „Erzeugnisse und sonstige Bestandteile einer Sache gehören auch nach der Trennung dem Eigentümer der Sache, soweit sich nicht aus den §§ 954—957 ein anderes ergibt."[1]) Aus diesem Gesichtspunkt heraus ist auch in diesem Paragraphen das Wort Erwerb vermieden, was in den folgenden Paragraphen immer wiederkehrt. Die Früchte werden eben von dem Grundeigentümer nicht erworben, sondern sie verbleiben ihm.

Daraus ergibt sich weiter, daß nun auch andere dingliche Rechte die abgetrennten Erzeugnisse weiter beherrschen, ebenso wie zur Zeit der Verbindung mit der Muttersache. Z. B. erstreckt sich nach § 1120 die Hypothek auch auf die abgetrennten Erzeugnisse, und nach § 1212 gilt dasselbe vom Pfandrecht. Wenn daher ein Bauer, der seinen Acker verpfändet hat, davon Kartoffeln erntet, sie auf dem Felde aufschichtet und dann ein Gläubiger des Bauern sie pfänden läßt, so geht der Pfändungspfandgläubiger dem Hypothekengläubiger, dem eine Hypothek an dem Grundstück zusteht, nicht vor, denn mit der Aberntung der Kartoffeln setzt sich das Pfandrecht fort, das kraft der Hypothek an diesem als Bestandteil der Muttersache bestand. Ebenso ist in § 1212 ausgesprochen, daß sich das Pfandrecht an beweglichen Sachen auch auf die getrennten Erzeugnisse mit erstreckt. Ist also ein Muttertier verpfändet, das ein Junges wirft, so wäre das auch verpfändet, und wenn das Junge wieder ein Junges wirft, so erstreckt sich das Pfandrecht auch auf den weiteren Abkömmling des ursprünglich verpfändeten Tieres.

Indessen erfährt diese Fortsetzung des Rechtes, das an der Muttersache mit Einschluß der Früchte bestand, Unterbrechungen in größerer Zahl und in weiterem Umfange, als nach gemeinem Rechte, dadurch, daß das B.G.B. an Bestandteilen und an Früchten mit der Trennung andere Rechte als die an der Muttersache haftenden entstehen läßt, so daß die letzteren Rechte ausgeschlossen werden, ihre Fortdauer verhindert wird. Hierher gehören folgende Gruppen:

1. § 954 gibt allen, die vermöge eines Rechtes an einer fremden

[1]) Als weitere Ausnahme erwähnt Biermann, Anm. 1 zu § 953 den § 911 (Überfall der Früchte).

Sache befugt sind,[1]) sich Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile anzueignen, das Eigentum an solchen Bestandteilen von der Trennung, also nicht erst, wie das römische Recht es z. B. beim Nießbrauch tat, von der Perzeption, sondern schon von der Separation. So wird der Nießbraucher, weil er vermöge des Rechtes an einer fremden Sache befugt ist, sich Erzeugnisse und in gewissen Grenzen auch sonstige Bestandteile anzueignen (§ 1030), Eigentümer derselben mit der Trennung. Ebenso der Inhaber gewisser Grundgerechtigkeiten (§ 1018), etwa der Holzungsgerechtigkeit, einer derartigen Befugnis des Wasserrechts und dergleichen, ferner auch der antichretische Pfandgläubiger (§ 1213). Diese Gruppe findet sich auch in den bisherigen Rechten.

2. Die zweite Gruppe regelt § 955. Der Eigenbesitzer erwirbt zwar nicht alle Bestandteile der Sache, die er im Eigenbesitz hat, aber doch die Früchte mit der Trennung zu Eigentum. Das ist also der römische Satz: „Bonae fidei possessor fructus suos facit." Aber er gilt doch nur von Früchten. Dagegen z. B. nicht von Materialien eines Hauses, das er im Eigenbesitz hat und nun abbricht.[2]) Er erwirbt aber auch die Früchte nur unter zwei Voraussetzungen, nämlich, daß er zum Eigenbesitz berechtigt ist (nach der landrechtlichen Sprache tituliert ist),[3]) und daß er in gutem Glauben war (§ 955). Diese beiden Erfordernisse sind negativ ausgedrückt mit den Worten: „Der Erwerb ist ausgeschlossen, wenn der Eigenbesitzer nicht zum Eigenbesitz berechtigt[4]) oder nicht in gutem Glauben ist." Dadurch wird angedeutet, daß die Beweislast den Gegner trifft. Der gute Glaube fehlt aber dem Eigenbesitzer nicht bloß, wenn dieser das fremde Eigentum kennt oder kennen mußte, sondern auch, wenn er nur das dingliche Nutzungsrecht eines anderen kennt oder kennen mußte. Darum stehen auch in § 955 Abs. 1 hinter den Worten: „Der Erwerb ist aus-

[1]) Streitig ist die Bedeutung abweichender Landesgesetze, vgl. hierüber und über die einzelnen Fälle Biermann zu § 954.

[2]) Motive III S. 366.

[3]) Vgl. A.L.R. Th. I Tit. 9 § 2. Ein titulus im Sinne des römischen Rechts gehört nicht zu dieser Erwerbsform.

[4]) Diese Worte sind dem Mißverständnisse ausgesetzt. Berechtigt zum Eigenbesitz ist streng genommen der Eigentümer. Den Nichteigentümern sollte aber der Fruchterwerb nicht abgeschnitten werden. Jene Worte können nur auf solche Personen bezogen werden, die lediglich aus Irrtum eine Sache besitzen und der Fruchtziehung unterwerfen. Ihnen fehlt zum Eigenbesitze nach § 872 der Wille, sie als ihnen gehörend zu besitzen, folglich sind sie zum Eigenbesitze nicht berechtigt.

geschlossen, wenn der Eigenbesitzer nicht zum Eigenbesitz berechtigt ist", weiter die Worte: „oder ein anderer vermöge eines Rechtes an der Sache zum Fruchtbezug berechtigt und der Eigenbesitzer nicht in gutem Glauben ist." Sogar derjenige Eigenbesitzer, der selber Eigentümer der Sache ist, aber um das Nießbrauchsrecht eines anderen weiß, kann die Früchte, die er abtrennt, nicht zu Eigentum erwerben; denn er ist nicht in gutem Glauben, weil er das Recht eines anderen an der Sache zum Fruchtbezuge kennt.

Der Zeitpunkt, in welchem der gute Glaube vorhanden sein muß, ist hier anders als bei der Ersitzung bestimmt. Es ist dies nicht bloß der Zeitpunkt des Erwerbes der Sache, sondern auch, wenn der Besitzer nur nachträglich noch vor der Trennung den Rechtsmangel erfährt, also nunmehr weiß, erwirbt er die Früchte nicht. Also gilt mala fides superveniens dann als Hindernis, wenn sie nicht bloß in kulposer Verkennung des fremden Rechtes, des Rechtsmangels, sondern in einem wirklichen Wissen desselben besteht. Das besagt der Schlußsatz des § 955 Abs. 1 ausdrücklich.

Streitig ist auch hier wiederum, wie allemal, wenn der Besitzer erwähnt wird, ob auch der mittelbare Besitzer die Früchte erwerbe.[1]) Wird z. B. der Eigenbesitzer einer tragenden Stute, der sie bei einem anderen in Verwahrung gibt, auch Eigentümer des Fohlens, das die Stute bei dem Verwahrer wirft? Die Frage ist entschieden zu bejahen, natürlich mit Ausnahme des Falles, wo der andere selber Nutzungsrechte hatte. Erwähnt ist in § 955 nur Eigenbesitz; wir sind aber davon ausgegangen, daß man im Zweifel nicht bloß mittelbaren, sondern auch unmittelbaren Besitz unter dem Worte Besitz zu verstehen hat.[2])

Ebenso aber wie der Eigenbesitzer, steht nach § 955 Abs. 2 derjenige, der die Sache nur in Ausübung eines dinglichen Nutzungsrechtes besitzt, z. B. der Putativnießbraucher, der zugleich besitzt. Auch dieser erwirbt die Früchte, wenn er die Sache nur in gutem Glauben in seinem Nutzbesitz oder Leihbesitz hat. „Dem Eigenbesitzer steht derjenige gleich, welcher die Sache zum Zwecke der Ausübung eines Nutzungsrechtes an ihr besitzt."[3])

---

[1]) Dafür Biermann, Anm. 2a zu § 955.

[2]) Vgl. oben S. 12 Anm. 4.

[3]) Biermann, Anm. 2b zu § 955 will mit H. Lange (Über den Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen einer Sache, Rostocker Diss. 1901 S. 38 ff.)

Wenn aber sowohl Eigenbesitz als auch Nutzungsbesitz gleichzeitig an einer und derselben Sache besteht, mit anderen Worten, der Nutzungsbesitzer unmittelbar besitzt und der Eigenbesitzer mittelbar, ohne Kenntnis des Nutzungsbesitzers und ohne Kenntnis des bestehenden Nutzungsrechtes, oder auch nur des Nutzungsbesitzes, so entstehen Zweifel. Der Erblasser hat z. B. seine Stute an X überlassen, wie X meint zum Nießbrauch, wie dagegen der Erbe des Verstorbenen behauptet, nur leihweise. Nun wirft die Stute ein Fohlen. Wem gehört es dann? Dem Eigenbesitzer d. i. dem Erben, oder dem Nutzungsbesitzer d. i. dem Nießbraucher, der unmittelbar besitzt? Das B.G.B. schweigt darüber. Bei Dernburg[1]) findet sich keine Entscheidung. Man muß doch wohl den unmittelbaren Besitzer vorgehen lassen, d. h. das Fohlen dem X zusprechen und nicht dem Eigenbesitzer, dem Erben.[2]) Denn es ist schon in der Besitzlehre betont worden, daß der unmittelbare Besitzer doch die Hauptperson, der mittelbare aber eben nur „Auchbesitzer" ist. Wenn sie also beide in ihren Rechten kollidieren, wird der unmittelbare vorgehen müssen.[3])

Eine bemerkenswerte Neuerung enthält § 955 Abs. 3. Wie eine Ersitzung als nicht unterbrochen gilt, wenn unfreiwillig verlorener Besitz binnen einem Jahre vom Ersitzenden zurückerlangt wird, so gilt auch das Fruchtrecht unter derselben Voraussetzung bei Rückerlangung unfreiwillig verloren gegangenen Besitzes binnen einem Jahre als nicht unterbrochen. Folglich gelten die in der Zwischenzeit getrennten Früchte

---

über den Wortlaut des Gesetzes hinausgehen zu Gunsten aller, die Nutzungsrechte ausüben, auch wenn sie weder Besitzer der Sache sind, noch Besitzesschutz genießen. (Z. B. Obstpächter, die die Früchte von der nichtbesessenen Sache abpflücken dürfen. Ich halte zwar diese Analogie nicht für ganz unbedenklich, da die Vorschrift eine Ausnahmeregel ist, möchte sie aber doch empfehlen, da der Zweck dieses Rechtszweiges, zu redlicher Fruchtziehungsarbeit durch Zerstörung der Scheu vor den immerhin möglichen Rechtsmängeln anzuspornen, auch im genannten Falle zutrifft.

[1]) Bürg. R. Bd. III, 2. Aufl., § 110.

[2]) So auch Biermann, Anm. 2c zu § 955 nach den Protokollen Bd. 3 S. 249.

[3]) Die Entscheidung ist m. E. weniger aus dieser immerhin zweifelhaften Allgemeinbetrachtung (vgl. S. 12 Anm. 4) zu rechtfertigen, als daraus, daß dieser Rechtszweig zur redlichen Arbeit anspornen soll und somit der redliche Besitzer nur deshalb bei dem Fruchterwerbe vor dem Eigentümer bevorzugt wird, weil die Sachlage für ihn spricht, d. h. er zur Fruchtziehungstätigkeit der nähere ist. Dies trifft aber zu seinen Gunsten gegenüber einem putativen Nießbraucher, der sein Recht von ihm ableitet, nicht zu.

dann als Eigentum des in den Besitz der Sache Zurückgelangten. Z. B. wenn eine tragende Stute dem Eigenbesitzer, der nicht zugleich Eigentümer ist, gestohlen wird, und beim Dieb ein Fohlen wirft, so gehört dieses Fohlen dem Eigenbesitzer, falls er den Besitz der Stute binnen einem Jahre zurückerlangt. Das ist zweifellos. Aber nicht zweifellos ist die Frage, wem denn bis dahin das Fohlen gehört. Man weiß ja doch vielleicht beinahe ein Jahr nicht, ob der Eigenbesitzer die Stute zurückerlangen würde.

Darauf findet man im B.G.B. keine Antwort. Man wird sagen müssen: Einstweilen muß es dem Eigentümer des Muttertieres gehören. Dieser hat dann revokables Eigentum;[1]) denn eine der Voraussetzungen, unter welchen die Fortdauer des Eigentums an dem geworfenen Jungen ausgeschlossen wird, ist einstweilen noch nicht erfüllt, sondern wird erst dann erfüllt, wenn der Eigenbesitzer binnen einem Jahre den ihm unfreiwillig entzogenen Besitz zurückerlangt hat.

3. Die §§ 956 und 957 betreffen diejenigen Personen, welche bloß kraft Gestattung des Eigentümers, also nur obligatorisch berechtigt sind, sich Früchte oder sonstige Bestandteile einer Sache anzueignen.[2]) Dahin gehört vor allem der Pächter[3]) oder der Käufer von Früchten, die einstweilen noch hängen, weiter der Käufer eines Hauses auf Abbruch. Diese Personen, die man kurz die obligatorisch Berechtigten nennen kann,[4]) erwerben das Eigentum nach § 956, wenn der Besitz der Sache ihnen überlassen ist, mit der Trennung,[5]) dagegen wenn sie den Besitz der Muttersache nicht haben, erst mit der Besitzergreifung der abgesonderten Bestandteile. Der Rechtsgrund dieses Eigentumserwerbs ist nach den Motiven und auch nach der allgemeinen Annahme der Wissenschaft eine Traditionsofferte des Eigentümers, der also durch

---

[1]) M. E. mit revocatio ex tunc wegen des Wortlautes des § 940 Abs. 2.

[2]) Eine Obligation ist m. E. nicht vorausgesetzt, die bloße widerrufliche Erlaubnis genügt, so lange kein Widerruf erfolgt ist, zur Anwendbarkeit des § 96 Satz 1. Wie Eck auch Biermann, Überschrift zu § 956. Sie paßt nur zu dem zweiten Satze der Vorschrift.

[3]) Vgl. über seinen Fruchterwerb v. Blume in Iherings Jahrbüchern, Bd. 39 S. 429 ff.

[4]) Richtiger: die nicht dinglich berechtigten Erlaubnisempfänger, s. oben Anm. 2.

[5]) Nach v. Blume a. a. O. S. 430 und Biermann, Anm. 1 S. 956 wird dabei vorausgesetzt, daß sie die Muttersache noch bei der Trennung besitzen. Sonst würden sie günstiger gestellt sein als die Eigenbesitzer, was sicherlich nicht beabsichtigt war.

seine Gestattung einem obligatorisch Berechtigten die Aneignung sozusagen angeboten hat.[1]) Aber diese Traditionsofferte *kann* nach § 956 Abs. 1 Satz 2 der Eigentümer nicht, wie nach römischem Recht, stets frei widerrufen, sondern dann nicht, wenn er zu der Gestattung verpflichtet war, solange sich der andere in dem ihm überlassenen Besitz befindet.[2]) Dies gilt z. B. dem Pächter gegenüber. Es steht nicht da: „er *darf* nicht widerrufen". Das könnte man auch vom Standpunkt des römischen Rechtes sagen; denn der Verpächter verletzt natürlich seine Vertragspflicht, wenn er dem Pächter verbietet, die Früchte sich anzueignen. Aber das B.G.B. geht noch weiter. Der Widerruf wäre null und nichtig.

Diese Unwiderruflichkeit erzeugt eine Art dinglicher Gebundenheit,[3]) die sich dem preußisch-rechtlichen Eigentum des Pächters an den hängenden Früchten wiederum einigermaßen nähert.[4]) Wenn z. B. der

[1]) Neue Literatur, hierüber vgl. bei Biermann Anm. 3 zu § 956. Die Annahme des Textes ist nicht unangefochten geblieben.

[2]) Noch weiter will diese Erwerbsmöglichkeit v. Blume ausdehnen (a. a. O. S. 439 ff.). Dagegen Biermann, Anm. 3 zu § 956 S. 166, der sich namentlich gegen die Annahme erklärt, daß schon der Abschluß des obligatorischen Vertrages zwischen Verpächter und Pächter eine Annahme der Traditionsofferte enthält. Ich halte dies jedoch unter Umständen allerdings für möglich. Doch muß man dann den Besitzerwerb an der Muttersache als Bedingung des Traditionswillens ansehen und zwar als conditio juris. Doch ist diese Parteiabsicht keineswegs ohne weiteres als vorhanden anzunehmen. Die Römer nahmen vielmehr im Zweifel das Gegenteil an, d. h. daß der Verpächter nicht vor der Ergreifung der Frucht die Traditionseinigung als verbindlich gelten lassen wolle. Es hing dies mit der gedrückten Lage des römischen Mittelstandes zusammen. Das Gegenteil vermutet der (hiernach durchaus nicht überflüssige) Satz 2 des § 956, jedoch nur für den Fall, daß der Fruchtberechtigte sich im Besitz der Sache befinden sollte. Darüber hinaus reicht m. E. die Vermutung nicht.

[3]) Auffallend und angezweifelt ist namentlich (vgl. z. B. Lehmann, Enneccerus und Lehmann Bürg. R. II 2. Aufl. S. 186) hier eine Tradition ohne sichtbare Besitzergreifung, vgl. hierüber den Schluß der vorigen Anmerkung. Doch zeigt sich auch hier, daß nach B.G.B. der Besitz auch ohne besonderen Besitzergreifungswillen erworben werden kann. Die Fruchttrennung ist ein solcher Fall.

[4]) Lehmann (Enneccerus und Lehmann II § 63 S. 186) nimmt ein dingliches Fruchterwerbsrecht des Pächters an. M. E. genügt eine Befugnis, die sich gegen das Verfügungsrecht eines Eigentümers richtet, nicht zur Annahme eines dinglichen Rechts. Ich halte es für bedenklich, der singulären Erwerbsbefugnis des Pächters nach § 956 mehr Kraft zu erteilen als das Gesetz ihr verleiht. M. E. ist sie neben der Pachtforderung kein besonderes (etwa für sich pfändbares) Vermögensstück, sondern nur ein rechtlich geschützter Vorteil ohne Rechtsnatur.

Eigentümer, der einem Pächter oder einem anderen die Aneignung von Früchten oder anderen Bestandteilen gestattet hat, in Konkurs fällt, so kann auch sein Konkursverwalter jenen Aneignungsberechtigten die Aneignung nicht verbieten;[1]) denn der Eigentümer selber hätte es nicht gekonnt.[2]) Wenn die auf dem Pachtgrundstück stehenden Früchte von den Gläubigern des Pächters gepfändet werden, so kann der Eigentümer des Grundstückes oder der Verpächter nicht aus dem § 690 der alten C.P.O. oder dem § 771 der neuen C.P.O. als Eigentümer, der durch die Verpfändung gefährdet wird, intervenieren.[3]) Nach gemeinem Recht ist das natürlich anders,[4]) nach preußischem Recht aber nicht, weil nach diesem der Pächter Eigentum an den stehenden Früchten hatte.

Man darf nicht etwa einwenden, was einigermaßen nahe liegt, daß der Verpächter an den Früchten ein Pfandrecht habe; denn auch nach dem B.G.B. beginnt dieses Pfandrecht erst mit der Trennung, und so lange die Früchte noch stehen, sind sie Bestandteile dieses Grundstückes und also Eigentum des Grundeigentümers. Er kann also an den Bestandteilen seiner eigenen Sache kein Pfandrecht haben, darum beginnt sein Pfandrecht, wie ich mit Küntzel annehme, erst mit der Abtrennung der Früchte.[5]) Ist vor der Abtrennung von einem Gläubiger des Pächters die hängende Frucht gepfändet worden, so ist dieser Pfändungspfandgläubiger dem Eigentümer zuvor gekommen und der Eigentümer kann dann nicht gegen diese Pfändung intervenieren. Allerdings kann auf diese Weise das gesetzliche Pfandrecht des Verpächters an den Früchten illusorisch werden, wenn ihm die Pfändungspfandgläubiger, während die Früchte noch stehen oder hängen, zuvorkommen. Deshalb muß der Verpächter, wenn er sich davor sichern

---

[1]) Das halte ich nicht für zweifellos.

[2]) Wenn jemand gegen einen Eigentümer geschützt ist, so folgt daraus m. E. noch nicht mit Sicherheit, daß sich dieser Schutz auch gegen dessen Gläubiger richtet. Doch läßt sich Ecks Ansicht daraus rechtfertigen, daß der Verpächter das auf ihm lastende Widerrufsverbot sonst leicht umgehen könnte, indem er Schulden macht und die Gläubiger auf die Früchte als Zwangsvollstreckungsgegenstände hinweist.

[3]) Ebenso Biermann, Anm. 2 zu § 956.

[4]) Vgl. Entsch. des R.G. Bd. 18 Nr. 78 S. 365 ff.

[5]) Vgl. auch Fischer, der in seiner Handausgabe 6. Aufl. Anm. 8 zu § 956 hervorhebt, daß der Eigentümer, der verpflichtet ist, die Fruchtziehung zu gestatten, auch nicht nach C.P.O. § 771 der Pfändung ungetrennter Früchte widersprechen kann.

will, selber rechtzeitig die stehenden Früchte gerichtlich pfänden lassen. Aber anders als durch gerichtliche Pfändung kann er an den stehenden Früchten kein Pfandrecht bekommen. Das gesetzliche Pfandrecht muß dem durch Pfändung an den stehenden Früchten erlangten nachstehen.

Wenn der Urheber der Gestattung, z. B. der Verpächter, der Eigentümer des Grundstückes, dessen Früchte zu nehmen er einem anderen erlaubt hat, das Grundstück veräußert, so ist streitig, ob auch der neue Erwerber jene Gestattung nicht widerrufen könne. Dernburg[1]) will dies nur bei der Verpachtung bejahen, der neue Verpächter könne also nicht widerrufen nach dem Satz: „Kauf bricht nicht Miete oder Kauf bricht nicht Pacht." Dagegen habe bei anderen obligatorischen Einräumungen der Rechtsnachfolger des Gestattenden einen Widerruf. Wenn wir jedoch feststellten, daß durch die unwiderrufliche Gestattung eine dingliche Gebundenheit erzeugt wird,[2]) so hat der neue Erwerber des Grundstückes dasselbe com onere mit dieser Gebundenheit überkommen und kann in keinem Falle widerrufen. Setzen wir z. B. den Fall, daß jemand — um es auf die Spitze zu treiben — durch ein Schenkungsversprechen formgerecht in notarieller Urkunde einem andern die Nutzung seines Gartens eingeräumt und dann den Fruchtberechtigten auch in Besitz gesetzt hat und das Grundeigentum veräußert. Auch hier würde ich verneinen, daß der neue Erwerber gegenüber dem Fruchtberechtigten sein Eigentum geltend machen und ihm die Ausübung des Nutzungsrechtes untersagen darf. Es steht nun einmal geschrieben: „Ist der Eigentümer zu der Gestattung verpflichtet, so kann er sie nicht widerrufen, so lange sich der andere in dem ihm überlassenen Besitz der Sache befindet." Wenn der Eigentümer sie nicht widerrufen kann, dann kann es ebensowenig sein Nachfolger.[3]) Wenn dagegen der Fruchtberechtigte den Besitz nicht hat, sei es, daß er ihn gar nicht erlangt hat, sei es, daß er ihn wieder verloren hat, dann

[1]) Bd. 3 2. Aufl. S. 305 § 109 III 3a Anm. 19.

[2]) Dies scheint aber Dernburg zu bezweifeln. Er legt die singuläre Vorschrift möglichst einschränkend aus. Für Eck spricht dagegen der allgemeine Gedanke Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet, ferner der Umstand, daß das Gesetzeswort den Pächter in keiner Weise von andern, die eine Erlaubnis zum Fruchtbezuge erhalten haben, unterscheidet.

[3]) Sonst könnte der Eigentümer den Berechtigten durch eine fiduziarische Veräußerung leicht um die Unwiderruflichkeit seiner Fruchtbeziehungsbefugnis bringen. Er würde die Sache einem Freunde veräußern, diesen widerrufen lassen und sie dann zurückerwerben.

kann die bloße Trennung der Früchte zu dem Eigentumserwerb des Fruchtberechtigten nicht genügen, vielmehr ist dann Besitzergreifung nötig.

Endlich äußert dieselbe Wirkung, wie sie eine Gestattung des Eigentümers hat, nach § 956 Abs. 2 auch die Gestattung eines andern, dem die Früchte oder sonstigen Bestandteile nach der Trennung gehören. Also wenn auch nur ein Nießbraucher diese Gestattung ausspricht, so treten die gleichen Wirkungen ein.

Nach § 957 äußert jene Wirkung sogar auch die Gestattung eines Nichtberechtigten, wenn nur der Empfänger der Gestattung bei der Überlassung des Besitzes an ihn oder in Ermangelung einer solchen Überlassung bei der Besitzergreifung in gutem Glauben ist.[1]) Setzen wir den Fall, ein gutgläubiger Eigentümer eines Grundstückes verpachte dasselbe und überlasse den Besitz an einen gutgläubigen Pächter. Aber noch vor der Trennung der Früchte erfahren sie beide, der Verpächter und auch der Pächter, daß der Verpächter nicht Eigentümer ist. Hier erwirbt der Pächter doch noch das Eigentum der Früchte, wenn er einerntet; denn der gutgläubige Eigenbesitzer gehört zu den Berechtigten im Sinne des § 956 Abs. 2, er ist einer von denen, welchen Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile einer Sache nach der Trennung gehören. Es genügt der gute Glaube zur Zeit der Überlassung.[2]) Hat also der Eigenbesitzer bei der Verpachtung und Übergabe der Sache

[1]) Wer zu diesen Nichtberechtigten gehört, ist streitig, vgl. Literatur bei Biermann, Anm. 1 zu § 957. Man nimmt neuerdings meist an, der Gestattende müsse ein Sachbesitzer sein oder könne wenigstens nicht jeder Beliebige sein. Ich meine: lege non distinguente nostrum non est distinguere. Ergreift freilich jemand irgendwo fremde Früchte, so genügt diese Tatsache zum Beweise seines bösen Glaubens. Führt er dann als Gegenbeweis die Erlaubnis eines beliebigen Dritten an, so wird diese in der Regel seinen guten Glauben nicht beweisen, wenn sie von einem Nichtbesitzer ausgeht. Doch ist das Gegenteil denkbar. So z. B. wenn der Nichtbesitzer eines frei daliegenden Feldes dies verpachtet und sich auf lügnerische Gewährsmänner stützt, die dem Pächter fälschlich versichern, der Verpächter sei Besitzer und zur Verpachtung befugt. Hier kann m. E. die Erlaubnis des nichtbesitzenden Nichtberechtigten dem gutgläubigen Pächter zum Fruchterwerbe verhelfen. Sehr drastisch sind die Beispiele Cosacks, Lehrbuch des D. B. R. 3. Aufl. II. S. 136.

[2]) Überlassung ist nicht Übertragung. Steht z. B. ein frei daliegendes Feld nicht im Besitze des Überlassenden, und nimmt es der Pächter im irrigen guten Glauben in Besitz, so ist der Besitz ihm „überlassen", wenn auch nicht übertragen. Dieser Unterschied wird neuerdings meistens übersehen. Vgl. auch die vorige Anmerkung.

noch den guten Glauben, so schadet es nichts, daß vor der Trennung der Früchte er selbst und der Verpächter von dem fremden Eigentum erfahren.[1])

Noch auffälliger ist folgendes Beispiel: Ein bösgläubiger Eigenbesitzer verkauft das Haus, das er besitzt, auf Abbruch an einen gutgläubigen Käufer. Der gutgläubige Käufer bricht es ab und ergreift an den Materialien Besitz. Er erwirbt Eigentum; denn der Verkäufer, der Gestattende, war zwar nicht berechtigt, aber der Käufer war zur Zeit der Besitzergreifung in gutem Glauben und wird nach § 957 Eigentümer.[2]) In der Tat ist das eine gewaltige Ausdehnung der Kraft des guten Glaubens für den Erwerb von Früchten und anderen Bestandteilen.[3])

§ 19.

8. Aneignung. Fund und Schatzerwerb. (§§ 958—984.)

Diese Lehre ist mit einer außerordentlichen Sorgfalt behandelt. Nach § 958 werden zwar herrenlose Sachen dadurch, daß sie jemand in Eigenbesitz nimmt, ihm zu Eigentum erworben, aber doch keineswegs so allgemein wie nach römischem Recht, sondern diese eigentumerzeugende Kraft der Okkupation ist mannigfach ausgeschlossen oder beschränkt. Nämlich

1. es gilt dieser Eigentumserwerb nicht bei Grundstücken (§ 928).[4]) Diese werden durch Dereliktion nicht okkupierbar, sondern das Recht zur Aneignung steht dem Fiskus des Bundesstaates zu, in dem sie liegen.

---

[1]) Über eine einschränkende Auslegung des § 956 Abs. 2, dessen Wortlaut für Eck spricht, läßt sich streiten. Der Zweck der Vorschrift ist doch wohl, nur redliche Erwerbshandlungen zu schützen.

[2]) Im Grunde genommen ist dies nicht auffälliger, als jeder andere Fruchterwerb eines Unbefugten wegen seiner Redlichkeit. Vgl. auch das oben S. 145 Anm. 1 erwähnte Beispiel Cosacks.

[3]) Manche wollen den § 967 durch § 935 beschränken. Literatur bei Biermann, Anm. 2 zu § 957. Ich schließe mich den Gegnern der entsprechenden Ausdehnung der Ausnahmevorschrift des § 935 an. Dagegen halte ich mit Cosack § 294 Anm. 9 3. Aufl. S. 135) und Biermann, Anm. 3 zu § 957 eine analoge Ausdehnung des § 955 Abs. 3 auf § 957 für unbedenklich, weil hier zwei Ausnahmen von derselben Regel nebeneinander stehen (§§ 955 und 957), die beide in ihren Zielen zusammengehören, was man von den §§ 932 und 955 nicht sagen kann.

[4]) Man könnte wohl noch besser sagen, daß er bei Grundstücken zwar nicht ohne Geltung, wohl aber monopolisiert ist.

2. Auch die Sachen, deren Besitzergreifung das Aneignungsrecht eines anderen verletzt, können durch Besitzergreifung als Eigentum nicht erworben werden, so vor allen Dingen die dem Jagd- oder Fischereirecht eines anderen unterliegenden Gegenstände, oder Gegenstände des verliehenen Bergbaurechts oder der Bernstein, der Regal ist. Der Wilderer — um ein Beispiel hervorzuheben — wird hiernach nicht Eigentümer des von ihm erlegten Wildes, weil er eben das Aneignungsrecht eines anderen verletzt. Aber welches Rechtsverhältnis entsteht nun an dem von dem Wilderer erlegten Hirsch? Denn Eigenbesitzer wird ja sogar der Dieb. Aber das Merkwürdige ist hier, daß der Wilderer nicht einmal fehlerhafter Eigenbesitzer wird; denn er hat ja nicht durch Gewalt[1]) oder heimlich[2]) den Besitz erlangt. Wenn er also nicht fehlerhafter Besitzer ist, so hat er auch Besitzschutz, und zwar sogar gegen den Jagdberechtigten selber, dem er ja den Besitz nicht entzogen hat, dem gegenüber er also als Eigenbesitzer die Rechte eines solchen geltend machen kann. Wer aber wird Eigentümer des erlegten Hirsches? Das B.G.B. gibt keine Entscheidung, und daher dauert die aus dem gemeinen Recht bekannte Streitfrage fort. Nach Dernburg[3]) wird an dem vom Wilderer erlegten Tier niemand Eigentümer, bis ein redlicher Erwerber den Besitz erlangt, dann wird dieser Eigentümer. Dagegen führt Jakubetzky[4]) aus, daß der Jagdberechtigte Eigentümer des vom Wilderer erlegten Tieres werden müsse.[5]) Ich glaube, daß dies ohne positive Gesetzesbestimmung sehr schwer zu begründen ist.

Jedenfalls ist soviel richtig, daß der Jagdberechtigte auch nach dem B.G.B. einen Anspruch gegen den Wilderer auf Herausgabe hat. Das

---

[1]) Gemeint ist: nicht durch Gewalt gegen eine Person.

[2]) Hierüber läßt sich streiten. Wie Eck auch Biermann, Anm. 2 β zu § 958. Eine Heimlichkeit gegen den Besitzer liegt allerdings nicht vor; denn ein solcher ist vor der Erbeutung nicht vorhanden, wohl aber gegen den, der vom Rechte wider die Handlung des Wilderers geschützt wird.

[3]) B.G.B. Bd. III, 2. Aufl., S. 314 § 111 Anm. 7; vgl. hierzu Mot. III S. 370, Prot. S. 251, 253. Wie Dernburg auch Biermann a. a. O.

[4]) Bemerkungen S. 241 ff.

[5]) Es kommt darauf an, ob man sich dazu entschließt, diejenige von mehreren Möglichkeiten, die die vernünftigeren Ergebnisse liefert, ohne weiteres als Sinn des Gesetzes anzusehen. Ich habe dagegen kein Bedenken und schließe mich Jakubetzky an. A. M. Biermann a. a. O. An der Singularität eines „unfreiwilligen Repräsentanten" oder gesetzlichen notwendigen Spezialvertreters darf man sich nicht allzu sehr stoßen, wenn nur das Ergebnis dieser Annahme vernünftig ist.

klingt vielleicht im ersten Moment überraschend. Aber das folgt unzweifelhaft schon aus den Regeln der Geschäftsführung, der negotiorum gestio, nach § 687 Abs. 2: „Behandelt jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes, obwohl er weiß, daß er nicht dazu berechtigt ist, so kann der Geschäftsherr — Schadensersatz — verlangen." Hiernach kann er auch Herausgabe des vom Wilderer erlegten Tieres fordern, außerdem wird er wohl auch mit einer Deliktsklage auf Schadensersatz klagen können.[1]) Aber über persönliche Ansprüche für den Jagdberechtigten glaube ich auch nach dem B.G.B. nicht hinaus zu kommen.

3. Die Aneignung darf auch nicht gegen ein gesetzliches Aneignungsverbot verstoßen (§ 958 Abs. 2). Ein solches Aneignungsverbot kann nun durch Reichsgesetz oder Landesgesetz und auch durch Polizeiverordnung gegeben sein. Ein bekanntes Beispiel enthält das deutsche Reichsgesetz vom 22. März 1888 zum Schutze der Vögel, wo das Ausnehmen von Eiern, Nestern u. dgl. m. verboten ist.

Das ist freilich schon jetzt bestritten. Jakubetzky in seinen Bemerkungen zum Entwurf[2]) und auch die Kommission in ihren Protokollen[3]) meint nämlich, diese Verbotsgesetze richteten sich nicht gegen die Aneignung von Vögeln, Eiern, Nestern u. s. w. als solche, sondern nur gegen die Störung der Fortpflanzung des Geschlechts. Darum sei es wider ihren Sinn, den Eigentumserwerb zu verneinen. Aber wenn das Verbot auf Ausnehmen von Eiern und Wegnehmen von Nestern lautet, so wird doch damit auch eine Aneignung getroffen, die nicht ohne eine solche Handlung vollzogen werden kann, und wenn die Aneignung durch das Verbot getroffen wird, so kann sie nach dem Wortlaut des § 958 Abs. 2 kein Eigentum für den Okkupanten erzeugen. Zweifelhafter könnte man sein in Bezug auf die Regeln über die Schonzeit des Wildes, die gesetzlich verbotene Ausübung der Jagd an Sonntagen u. dergl. m.

Auch hier gehen die Meinungen schon auseinander. Jakubetzky[4]) und Biermann[5]) z. B. behaupten, daß der Jagdberechtigte, der während der Schonzeit jagt, dabei also nicht ein fremdes Recht verletzt, aber allerdings gegen ein Verbot handelt, dennoch die erlegten Tiere okku-

[1]) Das Jagdrecht ist ein Recht im Sinne des § 823.
[2]) S. 455 Anm. [3]) Bd. III S. 250 ff.
[4]) a. a. O. [5]) zu § 958.

piert und Eigentümer werden müsse.[1]) Allein auch das Gesetz zum Schutze der Vögel will ebenso das Wegnehmen von Eiern und Nestern hindern; der Zweck ist ganz derselbe, nämlich die Fortpflanzung der Tierart zu sichern. Darum würde m. E. derjenige, der in der Schonzeit ein Wild erlegt, weil er gegen das Verbotsgesetz verstößt, nicht Eigentümer werden können.[2])

Dagegen bleiben außerhalb dieser Schranken sowohl herrenlose Naturstoffe als auch derelinquierte Sachen für die Aneignung frei. Letztere werden in § 959 ausdrücklich hervorgehoben: „Eine bewegliche Sache wird herrenlos, wenn der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt."[3])

Besondere Bestimmungen sind in den §§ 960—964 über Tiere im allgemeinen und Bienen im besonderen getroffen, allerdings nicht über Haustiere, d. h. also über solche, welche einer Gattung angehören, die bei Menschen lebt. Sie unterliegen den allgemeinen Regeln über Sachen. Aber von ihnen werden die gezähmten Tiere in § 960 Abs. 3 unterschieden, das sind solche, die zwar einer[4]) wilden Gattung angehören, aber als Individuen physisch[5]) überwunden, gezähmt sind. Diese werden nur herrenlos dadurch, daß sie die consuetudo revertendi ablegen. Das ist aus den Pandekten übersetzt. Das gezähmte Tier wird herrenlos, wenn es die Gewohnheit ablegt, an den ihm bestimmten Ort zurückzukehren. Dagegen sind ungezähmte wilde Tiere nur so lange im Eigentum, als sie in Tiergärten[6]) oder geschlossenen

[1]) Ist die Aneignung des Tieres dauernd und schlechthin verboten, so teilt auch Biermann Ecks Meinung, nicht aber, wenn z. B. bloß eine Schonzeit mißachtet wird. Ich finde für eine derartige Unterscheidung keinen Anhalt im Gesetze.

[2]) Für Eck spricht der Grundsatz: Lege non distinguente nostrum non est distinguere.

[3]) Näheres über dieses Rechtsgeschäft vgl. bei Dernburg, Pandekten I § 223 Anm. 2, 7. Aufl., S. 520, in des Herausgebers allgemeinem Teil S. 260 ff., und hierzu Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, 1901, S. 168 ff.; vgl. auch Biermann zu § 959.

[4]) D. h. zur Zeit und bei uns. Irgendwo und irgendwann waren die Gattungen aller jetzigen Haustiere wild. Man könnte daher daran zweifeln, ob das Gesetz sie nicht einfach den gezähmten Tieren beizählen will, so daß auch ein verwilderter Hund unter Umständen herrenlos werden könnte. Wir würden dann nach der Wildheit nur zwei Arten von Tieren unterscheiden, nicht drei.

[5]) Vielleicht ein Mißverständnis statt „psychisch". So wenigstens Dernburg, Pandekten I § 2236 S. 521.

[6]) Nach Prot. III S. 254 von eingehegten Revieren zu unterscheiden.

Privatgewässern[1]) gefangen sind (§ 960 Abs. 1). Sie sind aber herrenlos und werden auch wieder herrenlos, wenn sie ihre Freiheit wiedererlangen, sofern nicht der Eigentümer das in die Freiheit zurückgelangte Tier unverzüglich verfolgt, oder sofern er die Verfolgung aufgibt. Diese Vorschrift weicht, wenn man genau zusieht, vom römischen Recht und auch vom preußischen Recht[2]) nur durch die Weglassung eines einzigen Wortes ab, das absichtlich vermieden ist.

Das Wort „natürlich" ist nämlich im zweiten Entwurf vor „Freiheit" gestrichen. Das B.G.B. spricht von Freiheit schlechtweg. Dadurch wollte die Kommission der von Dernburg[3]) aufgestellten Lehre vorbeugen, daß fremdländische Tiere, wie Löwen, Papageien u. dgl. m., die aus ihren Käfigen entkommen, bei uns gar nie in ihre natürliche Freiheit zurück gelangen können, und daß sie darum trotz ihres Freiwerdens, des Ausbrechens aus den Käfigen im Eigentum ihrer bisherigen Herren bleiben. In der Tat glaube ich, ist diese Dernburgsche Beschränkung des Eigentumsverlustes unangemessen und mit Recht vom B.G.B. reprobiert worden.

Soll wirklich, wie Dernburg meint, z. B. ein Löwe, der im bayerischen Walde aus der Menagerie entspringt[4]) oder ein Seehund, der in den Bodensee entkommen ist, ihren Herren gesichert bleiben und der Eigentumsverlust ausgeschlossen sein, weil der Löwe und der Seehund bei uns nicht heimisch sind, also nicht in ihre natürliche Freiheit zurück gelangen können? Soll dagegen ein aus Berlin entsprungener Hirsch, weil er bei uns heimisch ist, schon wenn er in den Grunewald gelangt ist, res nullius werden?[5]) Das wäre wohl ungerecht.

---

[1]) Ob dieser Begriff nach den Landesgesetzen abzugrenzen ist, ist streitig; vgl. Biermann, Anm. 1 zu § 960. Es handelt sich hier wohl kaum um eine Frage des Wasserrechts.

[2]) A.L.R. I 9 § 108.

[3]) Pandekten Bd. 1 § 223 Anm. 6; vgl. auch v. Czyhlarz, Glücks Kommentar Serie der Bücher 41 und 42, Bd. 1 S. 47. Vielleicht deutete das Beiwort naturalis bei libertas weniger auf den Eindruck hin, den die Freiheit des Tiers auf den Beobachter macht, als auf die Übereinstimmung der Freiheit mit dem Naturtriebe des Tieres.

[4]) Vgl. über entsprungene Bestien Dig. XLI, 1 fr. 5 § 1.

[5]) Der Unterschied springt in die Augen. Dem Hirsche kann der Jäger in unserer Heimat nicht anmerken, daß er einem Herrn entflohen ist, wohl aber einem weggeflogenen Papagei oder einem Kanarienvogel. Wohlmeinende Menschen werden solche Tiere auch in Zukunft als verlorene Sachen behandeln, nicht aber als Freiwild, ungeachtet des B.G.B. Anstandspflicht und Rechtsgebot gehen auch hier auseinander.

Aber dafür werden andere Beschränkungen des Eigentumsverlustes statuiert. Nämlich dieser tritt nicht ein, wenn der Eigentümer das Tier unverzüglich verfolgt; wohl aber tritt er ein, wenn er dies nicht tut oder die Verfolgung aufgibt. Also danach kann allerdings ein Löwe bereits im Tiergarten res nullius werden, wenn der Eigentümer das Tier nicht verfolgt. Dernburg[1]) bemerkt, diese Beschränkung des Eigentumsverlustes sei begreiflich, wenn man das Wort „Verfolgung" in dem allerweitesten Sinne auffasse. Man müsse annehmen, daß der Menageriebesitzer, der Direktor des Zoologischen Gartens, dem ein Löwe oder ein anderes Tier entkommen ist, das Tier auch z. B. durch Anschlag an der Litfaßsäule oder durch ein Zeitungsinserat „verfolgen" könne und dadurch Eigentum bewahre. Das geht m. E. über den Sinn des Wortes Verfolgung hinaus. Eine Verfolgung wird unmittelbar auf das Tier gerichtet sein müssen.[2]) Wenn also aus dem Zoologischen Garten in Berlin ein Tier entspringt, wie es einmal in meiner Jugendzeit geschah, und in den Grunewald gelangt, ohne daß der Eigentümer es unverzüglich verfolgt, so würde das Tier auch jetzt noch herrenlos werden und erschossen werden können.[3]) Das Fell des Tieres würde dem Okkupanten gehören.

Über Bienen trifft das B.G.B. einige vereinzelte Bestimmungen, welche auf der hergebrachten Theorie beruhen, daß Bienen wilde Tiere seien, wie das altdeutsche Sprichwort sagt: „Die Biene ist ein wilder Wurm."[4]) Eine andere Ansicht ist in der Monographie eines württem-

[1]) Bd. III, 2. Aufl., S. 316 § 112.

[2]) Gemeint ist: durch eine Handlung, die ein Einfangen durch den Verfolger in eigener Person bezweckt. Für Eck spricht weniger der zweifelhafte Wortsinn des Wortes „Verfolgung" (man denke an Steckbriefe!), als der Zweck der Vorschrift. Nur ein solcher Verfolger, der bei dem Schusse oder bald nachher in den Gesichtskreis des beuteluſtigen Jägers hineintritt, verdient Beachtung. Dernburgs Ansicht hat vielfach Zustimmung gefunden, freilich aber auch Widerspruch, vgl. Biermann, Anm. 2a β zu § 960.

[3]) Beide Fragen: Herrenlosigkeit und Erschießungsrecht, decken sich nicht. Im Notstande können auch solche Tiere erschossen werden, die in fremdem Eigentum stehen. Selbst ein Aneignungsrecht kann durch das Gesetz auf fremde Sachen ausgedehnt werden. Dahin gehört z. B. das noch einige Zeit gewährte Aneignungsrecht gegenüber der gefundenen Sache. Indem das Recht Aneignungsbefugnisse auch über die Grenzen des Notstands hinaus gewährt, ermutigt es zu der gemeinnützigen Beseitigung ausgebrochener wilder Tiere.

[4]) Daß ausgeflogene einzelne Bienen (vom Notstande abgesehen) vogelfrei seien, ist nicht geradezu im Gesetz gesagt. Eck geht daher in der Verallgemeinerung einiger Sondervorschriften m. E. zu weit.

bergischen Amtsrichters entwickelt worden (Bätz, Das Recht an Bienen, 1890). Bätz führt aus, daß zwar im Altertume Bienen feras gewesen seien, aber daß sie heute bei uns nur noch als Haustiere im zahmen Zustande vorkommen.[1])

Er macht daher den Juristen den Vorwurf, daß sie die tatsächlichen Verhältnisse der Bienen verkennen.[2])

Wenn ein Bienenschwarm auszieht, so wird er nach § 961 herrenlos, gerade wie ein wildes Tier, wenn nicht der Eigentümer ihn unverzüglich verfolgt, oder wenn er die Verfolgung aufgibt.[3]) Wenn dagegen ein Schwarm in eine besetzte Bienenwohnung eingezogen ist, so erstrecken sich nach § 964 auf ihn die Rechte an demjenigen Schwarm, der diese Wohnung inne hat. Es erlöschen also die bisherigen Rechte. Der Grundgedanke ist wiederum, daß die Bienen, die in eine fremde Wohnung eingezogen sind, sich ihrem Eigentümer entzogen haben.[4]) Aber sie sollen in das Eigentum desjenigen übergehen, dem der Schwarm der neuen Wohnung gehört, weil diese in eine fremde Wohnung eingedrungenen Bienen in der Regel nur Hungerbienen oder Bettelbienen sind, die von ihrem Bienenvater vernachlässigt worden sind.

Nach § 962 ist dem Eigentümer des Bienenschwarms ein weitgehendes Verfolgungsrecht gestattet.[5]) Er kann das fremde Grundstück betreten und wenn der Schwarm in eine nicht besetzte Bienenwohnung eingezogen ist, darf er sogar zum Zwecke des Einfangens seiner Bienen die Wohnung öffnen und die Waben herausnehmen oder herausbrechen. Endlich entsteht bei einer Vereinigung der Schwärme verschiedener Eigentümer zu einem Schwarm[6]) nach § 963 Miteigentum für die

[1]) Es gibt noch einen dritten Standpunkt, der die Bienen weder als wild noch als Haustiere, wohl aber als gezähmte Tiere ansieht, sofern man Haustiere und gezähmte Tiere überhaupt unterscheiden will, vgl. oben S. 149 Anm. 4.

[2]) M. E. nicht ganz ohne Grund.

[3]) Das Gesetz scheint in dem Ausziehen des gesamten Schwarms einen tatsächlichen Gegenbeweis wider den animus revertendi zu sehen.

[4]) Man kann auch an eine untrennbare Verbindung denken, die nicht körperlich ist, aber durch den Bewohnungstrieb bewirkt wird, und bei der der zuziehende Schwarm als Nebensache erscheint. Streitig ist die Anwendbarkeit des Entschädigungsanspruches nach § 951, vgl. Biermann zu § 964. Es hängt dies mit dem Begriffe der ungerechtfertigten Bereicherung zusammen, vgl. oben S. 149 Anm. 4.

[5]) Über die sehr streitigen Beziehungen dieser Vorschrift zu den §§ 867, 1005 und 226 f. Biermann zu § 962.

[6]) Falls keiner der Eigentümer die Verfolgung aufgegeben und dadurch seinen Schwarm verloren hat. Biermann zu § 963.

mehreren Eigentümer, die ihren Schwarm verfolgt haben, an dem eingefangenen Gesamtschwarm, und zwar nach Zahl der verfolgten Schwärme.[1])

Endlich ist noch eine Bemerkung über die Tauben notwendig.[2]) Über sie bestimmt das B.G.B. nichts. Wohl aber setzt das Einführungsgesetz Art. 130 fest, daß die Landesgesetze über das Recht zur Aneignung der einem andern gehörenden Tauben, die im Freien betroffen werden, unberührt bleiben. Danach würde in Preußen der jetzige Rechtszustand fortdauern, wonach bekanntlich, wie das Landrecht bestimmt (§§ 112 ff. A.L.R. I, 9), nur die Besitzer tragbarer Äcker berechtigt sind, Tauben zu halten und die Tauben anderer Eigentümer dem freien Tierfang unterliegen (Feldpolizeiordnung vom 1. November 1847). Dieser jetzige Rechtszustand ist aber unzweifelhaft sehr unbefriedigend. Es kommt z. B. häufig vor, daß Droschkenkutscher in Berlin, sagen wir auf dem Wittenberg- oder Nollendorfplatz, Tauben, die herabflattern, um von dem Pferdefutter herabgefallene Körner aufzupicken, einfangen, in ihren Kutschkasten stecken und in der Taubenbörse in der Bülowstraße zum Verkauf bringen. Werden sie wegen Diebstahls der Tauben angeklagt, so können sie nur dann verurteilt werden, wenn ihnen nachgewiesen wird, daß die okkupierten Tauben von Eigentümern tragbarer Äcker gehalten wurden. Deswegen hat das preußische Ausführungsgesetz dieses Aneignungsrecht an fremden Tauben, sowie alle Beschränkungen des Rechtes, Tauben zu halten, einfach beseitigt.[3])

Über den Fund (§§ 965—984)[4]) ist folgendes bestimmt. Fundsachen sind im B.G.B. überwiegend nach dem Muster des preußischen Rechtes behandelt, jedoch mit gewissen Abweichungen.[5]) Namentlich ist das kostspielige Aufgebotsverfahren des preußischen Rechtes beseitigt und durch die gesetzliche Ausschlußfrist von einem Jahre ersetzt, wonach

[1]) Nach den allgemeinen Vermengungsgrundsätzen würde nicht die Zahl, sondern die Größe der vermengten Schwärme entscheiden. Diese läßt sich aber in der Regel nicht genau feststellen, daher die Sondervorschrift, vgl. §§ 947 Abs. 1, 948.

[2]) Über Brieftauben besteht ein besonderes Reichsgesetz v. 28. Mai 1894.

[3]) Nach Art. 89 1b sind §§ 111—120 A.L.R. I, 9 aufgehoben. Ecks Vortrag enthielt hier noch einige Bemerkungen über den Entwurf des Ausführungsgesetzes, die durch die Verabschiedung des letzteren bedeutungslos geworden sind.

[4]) Für gestrandete Sachen gilt die Reichsstrandungsordnung (E.G. Art. 32).

[5]) Die Begriffe des Findens und des Verlierens bleiben unverändert. Näheres über sie und ihre Anwendbarkeit auf gestohlene Sachen und auf Tiere vgl. bei

also der Verlierer durch Verschweigung, wie man im altdeutschen Rechte sagte, sich seines Rechtes begibt. Außerdem ist der Fundlohn, den wir in Preußen bereits haben, im B.G.B. zwar beibehalten, aber erheblich ermäßigt.

Der, welcher eine verlorene Sache findet und sie an sich nimmt, ist nach dem B.G.B. zu zweierlei verpflichtet:

1. zu einer Anzeige, sei es an den Verlierer, sei es, wenn er diesen nicht kennt, bei der Polizei[1]) (§ 965 Abs. 1 und 2),

2. zur Verwahrung der Sache oder aber zu ihrer Einlieferung an die Polizei, wenn er dieses letztere vorzieht oder die Polizei es anordnet (§§ 966 u. 967).[2])

Statt der Verwahrung kann er aber nach § 966 auch eine öffentliche Versteigerung der Sache vornehmen; dann tritt der Erlös an die Stelle der Sache. Er kann es, wenn der Verderb der Sache zu besorgen ist oder die Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden sein würde.[3]) Dagegen ist der Finder nicht zu Nach-

Biermann, Anm. 1 u. 2 zu § 965 und Lehmann, Enneccerus-Lehmann II. 2. Aufl. S. 191, § 65 Anm. 2. Ein gezähmtes Tier, das die Gewohnheit der Rückkehr nicht aufgegeben hat, aber den Rückweg nicht finden kann, kann Gegenstand des Fundes sein. Auch ein wildes entlaufenes Tier kann zu eigen ergriffen werden, doch bleibt es dem Ergreifer unbenommen, es nur als Fundsache für den früheren Herrn anzusehen. Gestohlene Sachen aber kann man nicht bloß dann finden, wenn der Dieb sie wegwirft, sondern auch wenn man sie bei dem Diebe entdeckt und zum Besten des Bestohlenen als dessen unbeauftragter Geschäftsführer entreißt. — In der Redeweise des Volkes bezeichnet „Finden" jedes Entdecken. Das Wort kommt auch bei der eigenen Sache vor, die man verlegt oder verloren hatte. Das Gesetzbuch faßt aber einen engeren Begriff ins Auge, an den es besondere Pflichten und Prämien anknüpft und denkt daher bei dem Finder nur an den, der eine Sache zum Besten eines andern, dem sie (nach seiner Überzeugung) abhanden gekommen ist, an sich nimmt. M. E. umfaßt dieser Begriff auch einen bloß putativen Verlust.

[1]) Landesrechtliche Ausführungsbestimmungen hierzu s. in Fischers Handausgabe zu § 965. Sie berühren diese Anzeige und ihre Folgen. Sehr unbequem wäre die Anzeigepflicht, wenn sie an die zuständige Behörde gerichtet sein müßte, wie das mit Unrecht behauptet worden ist; vgl. dagegen Biermann, Anm. 3 zu § 966.

[2]) Hier möchte ich abweichend von Biermann zu § 967 Zuständigkeit der Behörde als vorausgesetzt annehmen. Die Verpflichtungskraft eines Befehls von unzuständiger Stelle würde eine auffallende Anomalie in sich schließen.

[3]) Streitig ist, ob der Finder nicht unter Umständen mit der Sache noch kürzeren Prozeß machen kann, vgl. Fischer, Anm. 3 zu § 966 und dagegen Biermann ebenda, auch die dort Angeführten. Man wird über das Gesetz m. E. nicht ohne weiteres hinausgehen, also auch dem Finder keine Befugnisse geben dürfen, die es ihm nicht verleiht.

forschungen nach dem Verlierer verpflichtet. Seinerseits haftet er aber doch für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nach § 968. Solche grobe Fahrlässigkeit kann er aber nicht bloß bei Aufbewahrung der Sache, sondern auch bei Versäumnis der Ablieferung an den Berechtigten begehen.[1]) Wenn er etwa ein Buch gefunden hat, worin der Name des Eigentümers steht, und er dies übersieht, so wird man darin grobe Fahrlässigkeit erblicken müssen. Auch dadurch, daß er es an einen Unberechtigten ausliefert, kann er eine grobe Fahrlässigkeit begehen, und dafür muß er nach § 968 haften. Nur bei Sachen, die unter 3 M. wert sind, ist eine Anzeige überhaupt unnötig (§ 965 Abs. 2 Satz 2). Weiter kann dann der Finder vom Empfangsberechtigten Ersatz seiner Aufwendungen verlangen (§ 970). Er kann nach § 971 auch einen Finderlohn fordern, während das römische Recht diesen Anspruch bekanntlich als ein unredliches Verlangen bezeichnete.[2]) Der Finderlohn ist bei einem Wertobjekt bis zu 300 M. auf 5 Proz. herabgesetzt, während er in Preußen jetzt bekanntlich 10 Proz beträgt.[3]) Bei einem Mehrwert über 300 M. hinaus beträgt er nur 1 Proz., bei Tieren allemal nur 1 Proz., weil Landwirte geltend machten, daß Tiere sich ungemein leicht verlaufen und zu leicht gefunden würden, womöglich von denen, die sie angelockt hätten. Dem sollte durch einen recht niedrigen Finderlohn vorgebeugt werden.[4])

Zur Sicherung dieser Ansprüche hat der Finder nicht bloß, wie anfangs im Entwurf projektiert war, ein Zurückbehaltungsrecht, er hat auch ein Klagerecht (§ 971). Aber freilich hat er das Klagerecht nur dann, wenn der Verlierer die Sache wiedererlangt oder das Verfahren des Finders genehmigt hat (§ 972). Also wenn die Sache dem Verlierer, der in den Zeitungen den Verlust bekannt gemacht hat, von

---

[1]) Seine „Legitimationsprüfung" (Biermann zu § 969) wird übrigens dadurch erleichtert, daß er den Verlierer ohne weiteres als Empfangsberechtigten ansehen darf (§ 969). Ähnliches vgl. in §§ 1148, 1248.

[2]) Noch jetzt pflegen feinfühlige Menschen eine solche Ehrlichkeitsprämie zu verschmähen oder einem wohltätigen Zwecke zu überweisen.

[3]) Der Wert wird nach der Zeit der Herausgabe bemessen. Fischer, Handausgabe Anm. 2 zu § 971. Eine Unterscheidung zwischen dem allgemein gültigen und dem höchstpersönlichen Wert trifft Satz 3 Abs. 1 des § 971.

[4]) Es paßt dies nicht auf Tiere in Käfigen oder Behältern, die etwa in diesen von einem Wagen heruntergefallen oder an falscher Stelle abgegeben worden sind. Bei ihnen ließe sich eine einschränkende Auslegung rechtfertigen, weil der erkennbare Zweck der Sondervorschrift sie nicht berührt.

dem Finder in einem Packet zugeschickt wird und sie unterwegs verloren geht, so kann der Finder keinen Finderlohn beanspruchen. § 972 sagt das zwar nicht ausdrücklich, aber er verweist auf die Klagen des Eigentümers gegen den fremden Besitzer, und bei diesen ist der Anspruch auf Verwendungen daran gebunden, daß der Eigentümer die Sache zurückerlangt oder die Verwendungen genehmigt hat. Außerdem erlischt der Anspruch auf den Fundlohn bei Verletzung der Anzeigepflicht (§ 971 Abs. 2) und ebenso, wenn der Finder den Fund auf Nachfrage verheimlicht.[1])

Wenn endlich der Verlierer sich nicht meldet, so erwirbt mit Ablauf eines Jahres der Finder das Eigentum, also ohne das alte landrechtliche Zuschlagsurteil, durch bloßen Ablauf dieser Präklusivfrist. Damit hat der Verlierer sich verschwiegen.[2])

Verzichtet der Finder auf den Fundlohn oder auf den Eigentumserwerb, so tritt nach § 976 an seine Stelle die Gemeinde des Fundorts.

Selbst wenn ein solcher Eigentumserwerb dem Finder zu Gute gekommen ist, soll nach § 977 immer noch der dadurch beschädigte Verlierer einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung[3]) binnen 3 Jahren gegen den Erwerber des Eigentums haben, also gegen den Finder oder die Gemeinde.

In den §§ 978—983 sind dann noch besondere Vorschriften für Funde getroffen, die in den Geschäftsräumen oder den Beförderungsmitteln einer Behörde oder einer dem öffentlichen Verkehr dienenden

---

[1]) Geschäftsunfähige Finder hinsichtlich dieses Nachteils zu bevorzugen, lehnt Biermann, Anm. 2 zu § 965 ab. Es wird dies in der Tat durch den Zweck der Vorschriften nicht gerechtfertigt. Dernburg, 2. Aufl. § 116, Anm. 9 S. 334 hatte übrigens nur bestritten, daß diesen die Verpflichtungen des Finders nicht obliegen, was sicherlich richtig ist, sich aber nicht mit der Frage deckt, ob auch sie einen Finderlohn nur unter denselben Bedingungen haben sollen, wie geschäftsfähige Finder.

[2]) Auf die vielfach streitigen Einzelvorschriften, die in §§ 973—975 an diese Erwerbsform angeknüpft sind, läßt sich Eck nicht weiter ein. Vgl. näheres bei Biermann zu diesen Paragraphen. Zweifelhaft ist namentlich die rückwirkende Kraft dieses Erwerbs, Biermann Anm. 5 zu § 973. Die Nutzungen der Zwischenzeit wird man wohl dem Finder jedenfalls belassen müssen. Daraus folgt aber noch nicht eine Rückziehung in jeder anderen Hinsicht. Man denke an einen Konkurs, der inzwischen über das Vermögen des Finders eröffnet worden ist.

[3]) Es heißt: „nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung", vgl. oben S. 135 Anm. 6.

Verkehrsanstalt gemacht sind.[1]) Der Grundgedanke, den diese Verkehrsanstalten geltend machen, ist, daß hier ein Rechtserwerb von Privatpersonen ausgeschlossen und es nötig sei, daß die Behörden hier allein finden und daraus Erwerbungen machen können.[2]) Dernburg hält den Ausdruck „Geschäftsräume" für zu eng,[3]) z. B. sei der Abort kein Geschäftsraum,[4]) aber das dort Gefundene unterliegt denselben Normen, wie das in dem Geschäftsraum Gefundene.[5]) Der Ausdruck aber, den Dernburg statt dessen vorschlägt, nämlich „Amtsraum" scheint mir ebenfalls solche Örtlichkeiten nicht mit zu umfassen. Dernburg behauptet weiter, daß das, was z. B. in einem Theater nach einem Subskriptionsball gefunden wird, ebenso zu behandeln sei, obwohl das Theater nicht eine öffentliche Verkehrsanstalt ist. In der Tat kann man diese Vorschriften extensiv interpretieren.[6]) Die Eigentümlichkeit ist bei solchen Funden die, daß die Behörde selber hier nach einer

[1]) In § 981 ist namentlich auch der Reichsfiskus als besonderes Rechtssubjekt anerkannt, was auch für andere Rechtszweige von Wert ist, vgl. Entsch. R.G. Bd. 54 Nr. 56 S. 201.

[2]) Auch wer im Hause einer Privatperson etwa bemerkt, daß ein Unbekannter seinen Schirm hat stehen lassen, darf ihn nicht als gefundene Sache ohne weiteres mit sich nehmen. In öffentlichen Lokalitäten könnte er vielleicht zu seiner Rechtfertigung die Gefahr eines Diebstahls von dritter Seite anführen wollen. Dies schneidet ihm das Gesetz ab.

[3]) Bd. III, 2. Aufl., S. 340 Anm. 38. Umgekehrt ist zweifelhaft, ob der Ausdruck „Geschäftsräume" nicht auf die dem Publikum offenen Räume zu beschränken sei, vgl. Biermann Anm. 1 zu § 978.

[4]) Seine Instandhaltung gehört m. E. mit zum „Geschäftsbetriebe" der Anstalt, der er zugehört.

[5]) Die Vorgeschichte der §§ 978 ff. ergibt, daß man an Räume dachte, die unter der Aufsicht einer Behörde oder der Leitung einer Transportanstalt stehen. Der Grundsatz, daß Sachen, die an öffentlichen Orten liegen bleiben, nicht vom Finder weggenommen werden dürfen, läßt sich freilich aus dem Zweck des allgemeinen Fundrechts rechtfertigen, bedurfte also der Anerkennung des Gesetzes vielleicht nicht, und gilt daher auch bei Theatern und dergl. Insoweit ist Biermann, Anm. 1 zu § 978 zuzustimmen. Dagegen ist ein positives Sonderrecht für Behörden und Transportanstalten 1. die Ablieferungspflicht des § 978, 2. die Erschwerung der Versteigerung, § 980 und 3. die eigenartige Regelung des Eigentumserwerbs. Um hier nicht in Rechtsunsicherheit zu geraten, mußte das Gebiet dieser Sondervorschriften mit einer gewissen Willkür positiv umgrenzt werden. Nur der Gesetzgeber kann es erweitern, nicht die Auslegung.

[6]) Man könnte auch ohne Extensivinterpretation meinen, daß die Verfasser des Gesetzbuches hier das Verbot des Finders im fremden Revier für selbstverständlich angesehen haben, vgl. oben Anm. 2.

öffentlichen Bekanntmachung[1]) die Sache versteigern lassen kann und nach drei Jahren den Erlös erwirbt.[2])

§ 984 betrifft den Schatz, der ebenso wie nach dem bisherigen Rechte erworben wird. Als Schatz gilt „eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, daß der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (Schatz)". Es kommt also nicht darauf an, ob die Sache absichtlich verborgen war[3]) oder durch Zufall, ebensowenig, ob die Sache in einem Grundstücke gefunden wird oder in Mobilien, z. B. einem alten Schrank, einer alten Kiste u. dgl. m.; endlich auch nicht darauf, ob die Sache ein Wertobjekt ist oder nur ein alter Knopf oder ein alter Nagel. Solche Sachen den Regeln vom Schatze zu unterwerfen, ist nicht zweckmäßig.[4])

Der Erwerb wird dem Entdecker zur einen Hälfte gewährt und dem Eigentümer der Sache, in der der Schatz gefunden worden ist, zur anderen Hälfte. Damit wollte man die alte Kontroverse des gemeinen Rechtes beseitigen, ob der Entdecker oder der erste Okkupant den Vorzug verdiene.[5]) Bekannt ist ein berühmter Schatzfall aus den Entscheidungen des Obertribunals. Ein Schulmeister in der Mark unterhält sich mit einem Bauern, an einem Zaun gelehnt, der sein Schweinehöfchen von der Straße abgrenzt. Der Bauer steht ihm gegenüber und sagt plötzlich: „Schulmeister, Deine Schweine wühlen ja Dukaten aus." Der Schulmeister springt hierauf schnell über den Zaun und steckt die aufgewühlten Goldstücke ein, ehe der Bauer nachkommen kann. Es entsteht ein Streit, wem der Schatz gebühre. Dem Bauern als dem Entdecker, der zuerst auf den Schatz aufmerksam wurde, war da-

[1]) Diese Bekanntmachungspflicht auf ähnliche Fälle (Theater und dergl.) auszudehnen, halte ich nicht für unbedenklich. Es handelt sich immerhin um eine Ausnahmevorschrift. Ähnlich wie Eck Biermann Anm. 1 zu § 978, vgl. oben S. 157 Anm. 5.

[2]) Unerwähnt läßt Eck die nicht unerhebliche entsprechende Ausdehnung dieses Sonderrechts auf gewisse dem Funde ähnliche Fälle (nicht abgeholte Fundstücke im Polizeibureau und dergl.) § 983, vgl. dazu Biermann.

[3]) Dies konnte auch nach bisherigem Rechte nicht immer ermittelt werden, ohne daß man deshalb davon Abstand nahm, das Recht des Schatzes anzuwenden.

[4]) Bei solchen Sachen wird man wohl in der Regel die Unauffindbarkeit des Eigentümers nicht darauf zurückführen müssen, daß sie „lange verborgen waren". Darum wird die von Eck befürchtete Unzweckmäßigkeit kaum eintreten. — Über Leichname und Knochen vgl. Biermann, Anm. 1 zu § 984.

[5]) In der Redeweise des täglichen Lebens verwischen sich Entdecker und Finder. Anders in der Sprache der neuen Jurisprudenz.

durch ein donum fortunae zugefallen.[1]) Daß der Schulmeister von der Entdeckung des Bauern Nutzen zog, indem er schneller okkupiert hatte, wird ihm schwerlich einen Vorzug gewähren. So hat auch nach preußischem Recht das Obertribunal erkannt. Ebenso würde nach dem B.G.B. zu entscheiden sein. Dernburg findet diese Entscheidung mit Unrecht sehr bedenklich.[2])

§ 20.

9. Ansprüche aus dem Eigentum. (§§ 985—1007.)

Es wird hier, wie im römischen Recht, kein Unterschied zwischen Eigentumsansprüchen auf Grundstücke und Eigentumsansprüchen auf Mobilien gemacht. Die Beweisführung für das vom Kläger zu behauptende Eigentum ist aber bei beiden Arten von Sachen sehr verschieden gestaltet. Bei beweglichen Sachen ist im germanistischen Sinne eine ganz außerordentliche Erleichterung der Verfolgung gewährt.[3]) So bezieht sich denn auch die meiste, bis jetzt erschienene Literatur gerade auf die Verfolgung beweglicher Sachen mit dinglicher Klage. Vgl. insbesondere Pflüger, Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 35 S. 451 ff. und Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem B.G.B., Jena 1897).[4])

Der Eigentümer hat zunächst auch nach B.G.B. zwei Ansprüche. Der eine, entsprechend der bisherigen rei vindicatio, wird sehr ausführlich in den §§ 985—1001 behandelt, der andere, entsprechend der

---

[1]) M. E. vergibt nicht der Zufall den Schatzanteil, sondern das Gesetz tut es. Es geschah dies zu dem bestimmten Zwecke, eine Ehrlichkeitsprämie zu gewähren, vgl. André, Die Lehre vom Schatz nach römischem und gemeinem Recht, Berliner Dissertation 1884. Einer solchen Prämie bedurfte es aber nur bei dem Okkupanten, der die Unterschlagungsmöglichkeit hat. Eine andere m. E. zu verneinende Frage ist, ob der im Text erwähnte Bauer den Regeln des Anstandes entsprochen habe. Die Gesetzgebung hat sich wohl nunmehr dazu bestimmen lassen, ein Gebot des Anstandsgefühls zur Rechtspflicht zu steigern. Vgl. zu dem Wortlaut des § 984 Biermann, Anm. 2, 9.

[2]) Gemeint ist wohl preuß. Privatrecht II § 233 Anm. 7, woselbst übrigens sich auch Dernburg für die Bevorzugung des Entdeckers vor dem Finder erklärt.

[3]) Auch für das römische Recht ist Ähnliches behauptet worden, vgl. des Herausgebers Institutionen des römischen Rechts, 1894, S. 464 Anm. 2.

[4]) Vgl. auch Bolze, Die Bestimmungen des Entw. eines B.G.B. über die Steigerung des vindikatorischen Anspruchs, Arch. f. civ. Pr. Bd. 74 S. 97 ff.

actio negatoria, in § 1004. Es ist dies die Eigentumsfreiheitsklage, wie sie Dernburg auch nach B.G.B. bezeichnen will.[1])

§ 985 sagt: „Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen." Es ist nun schon eine Fülle von Zweifeln laut geworden, was damit gemeint sei. Der Eigentümer hat also die Klage gegen den Besitzer auf Herausgabe. Zunächst ist soviel klar, daß nicht der bloße Besitzdiener im Sinne des § 855 belangt werden kann, etwa ein Dienstbote, ein Kutscher, ein Gehülfe u. dgl. m., sondern nur der Besitzer.[2]) Aber streitig ist wieder — und das ist auch auf dem letzten Juristentage ausführlich erörtert worden —, ob hier der Besitzer bloß der unmittelbare oder auch der mittelbare sein soll. Daß bloß der unmittelbare gemeint sei, ist mehrfach verteidigt worden[3]) am ausführlichsten von Wendt im Archiv für ziviliſtiſche Praxis.[4]) Daß auch der mittelbare verklagt werden kann, wird von Gierke, Dernburg[5]) u. a. m.

---

[1]) Damit sind die Ansprüche, die auf das Eigentum gegründet werden können, nicht erschöpft, vgl. zur Ergänzung des Textes Biermann, Anm. 2a, Vorbemerkung 2 zum vierten Titel S. 188.

[2]) Auch dies ist h. M. (vgl. Biermann, Anm. 2 zu § 985, Endemann III 7. Aufl., § 90 S. 353 zu Anm. 12). Dagegen scheint freilich das dringende Bedürfnis des Eigentümers zu sprechen, der den Besitzdiener belangen will, sobald er des Besitzherrn nicht habhaft werden kann. Bedenkt man, daß die bisherige Redeweise unter den verklagbaren Besitzern die bloßen Detentoren mitverstand, so wird man vielleicht den Gedanken nicht völlig von der Hand weisen wollen, daß durch diese hergebrachte Ungenauigkeit der Redeweise auch das B.G.B. beeinflußt ist. Der Annahme dieser Ansicht widerspricht aber der Stand der Literatur mit gutem Grunde, vgl. Biermann, Anm. 2 zu § 985. Da das B.G.B. eine neue Besitzterminologie eingeführt hat, bei der die Besitzdiener als Nichtbesitzer gelten sollen, so kann man nicht annehmen, daß es hier aus der sonstigen Redeweise herausgefallen ist. Auch ist es ein wohlverständliches Bedürfnis des Besitzherrn, daß nicht einer seiner Diener ohne seine Zuziehung durch eine vielleicht mangelhafte Verteidigung ihn um seine Sache bringe. Die Tendenz des Gesetzbuches war ja, die Lage der bloßen Diener herabzudrücken. — Den Eigentümern, die den innehabenden Besitzdiener finden, den Herrn aber nicht, wird man wohl mit einer einstweiligen Verfügung gegen den Diener helfen können, da die weite Fassung des § 935 C.P.O. dies erlaubt. Das soeben Gesagte bezieht sich auch auf die Besitzentziehungsklage, vgl. oben S. 39 Anm. 1.

[3]) Fischer, Handausgabe 2 zu § 985 läßt den Anspruch zweifellos auch gegen den mittelbaren Besitzer zu.

[4]) Archiv für civilistische Praxis Bd. 87 S. 40 ff.

[5]) Dernburg, Bd. 3 S. 338 § 118, 2, vgl. oben das bei der Besitzentziehungsklage Ausgeführte S. 651 Anm. 1 Auch hier wird der Kläger vom mittelbaren Besitzer schließlich nur die Abtretung des Anspruchs gegen den unmittelbaren und

vertreten. Das letztere ist wohl richtig; denn, wenn § 985 sagt: vom Besitzer kann die Herausgabe verlangt werden, so ist, da der mittelbare Besitzer eben auch Besitzer ist, dieser nach dem Wortlaut mit eingeschlossen. Aber auch aus inneren Gründen kommt man zu diesem Ergebnisse. Die Gerechtigkeit fordert, daß man sein Haus nicht bloß gegen den Mieter, sondern auch gegen den Vermieter als mittelbaren Besitzer vindizieren kann und auch, daß man die gestohlenen Papiere, die der Dieb bei der Reichsbank deponiert hat, nicht bloß vom Depositar, d. i. der Reichsbank, sondern auch vom Deponenten zurückverlangen darf, daß ferner eine Sache, die der Besitzer auf einem Leihhaus verpfändet hat, nicht bloß gegen den Leihhausbesitzer, sondern auch gegen den Inhaber des Pfandscheins vindizieren kann. Ohne Pfandschein kann man die Sache ja gar nicht von dem Leihhausbesitzer herausfordern. Außerdem fällt schwer in die Wagschale § 991 Abs. 1. Danach finden die Vorschriften des § 990 nur dann bei dem Besitzer Anwendung, wenn die Voraussetzungen dieser Vorschrift auch bei dem mittelbaren Besitzer vorliegen oder diesem gegenüber die Rechtshängigkeit eingetreten ist. Hier wird die Passivlegitimation des mittelbaren Besitzers vorausgesetzt, weil ihm gegenüber die Rechtshängigkeit soll eintreten können. Wendt[1]) hat das mit einer sehr künstlichen Argumentation zu bestreiten gesucht. Es ist nur daran zu erinnern, daß der unmittelbare Besitzer nach § 76 der C.P.O. die nominatio auctoris hat. Dann hat der auctor nominatus, der mittelbare Besitzer, den

Herausgabe der Beweisurkunden verlangen können. Die letzteren oder die im Texte weiter unten erwähnten Schlüssel werden wohl in der Praxis die Hauptrolle spielen. Gewinnt übrigens der Eigentümer den Prozeß gegen den mittelbaren Besitzer, so kann ihm dies ebenso wie eine siegreiche Feststellungsklage gegen den Besiegten insofern nützen, als es möglich ist, daß er hinterher den unmittelbaren Besitzer belangt und dieser durch nominatio auctoris den mittelbaren zur Prozeßpartei macht, C.P.O. § 76. Dann muß das Urteil des Vorprozesses dem Kläger zugute kommen. In Fällen, in denen der mittelbare Besitzer zur Hand ist, der unmittelbare aber etwa mit der Sache verreist ist, wird es unter Umständen zweckmäßig sein, die Eigentumsfrage inzwischen in solcher Weise unter dem Eigentümer und dem mittelbaren Besitzer zur Erledigung zu bringen. Es wird dann meistens der unmittelbare Besitzer die Sache ohne weiteres nach seiner Rückkehr herausgeben, weil er doch den auctor nominieren wollte und dies nach Lage der Sache nunmehr dem unmittelbaren Besitzer nichts mehr nützen kann. — In diesem Sinne ist auch das oben S. 39 Anm. 1 Gesagte zu ergänzen.

[1]) Vgl. Wendt, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 87 S. 72 ff., der übrigens auch die Entstehungsgeschichte des B.G.B. für seine Ansicht verwertet hat.

Prozeß zu übernehmen. Wenn er in solcher Weise die Passivrolle, die Beklagtenrolle, im Vindikationsprozeß übernehmen kann, so muß er auch wohl unmittelbar mit der Vindikation belangbar sein, „sonst würde eine unnötige Weitläufigkeit entstehen".[1]) Außerdem hat Strohal[2]) auf dem Juristentage und im sächsischen Archiv für bürgerliches Recht Band 8 Heft 6[3]) überzeugend die Belangbarkeit des mittelbaren Besitzers mit der rei vindicatio dargetan.[4])

Nach demselben Paragraphen ist das Ziel der Klage die Herausgabe der Sache. Dabei frägt sich zuerst: Wie kann der mittelbare Besitzer diese Herausgabe bewirken, da er die Sache doch gar nicht hat? Er muß eben herausgeben, was er in Händen hat. Es können z. B. die Schlüssel zu dem Raum sein, in dem sich die Sache befindet. In einem bekannten Prozeß ist vom Reichsgericht angenommen worden, daß ein genügendes Faustpfand hergestellt worden ist, wenn die Sache in einem Raum untergebracht ist, zu dem der Pfandgläubiger und auch der Verpfänder die Schlüssel haben. Es ist das der berühmte Fall, wo in einem bekannten Schuhwarenlager in Berlin cirka 6000 Paar Stiefel verpfändet und in einem Raum untergebracht waren, zu dem beide Beteiligten, der Pfandgläubiger und auch der Verpfänder, die Schlüssel hatten. Hier kann der Eigentümer gegen den mittelbaren Besitzer, also gegen den Verpfänder, auf die Herausgabe des Schlüssels klagen, der[5]) den Zugang ermöglicht. Ebenso kann, wenn gegen den Deponenten geklagt wird, der Sachen auf der Reichsbank deponiert hat, der Vindikant die Herausgabe des Depotscheins verlangen und, wie schon oben erwähnt wurde, bei einer Verpfändung die Herausgabe des Pfandscheins. Kurzum, was von der Sache in den Händen des mittelbaren Besitzers verblieben ist, muß auf die Vindikation herausgegeben werden, zum allermindesten muß er nach § 870 seinen mittelbaren Besitz durch Anspruchsabtretung auf den Vindikanten übertragen.

Noch bemerkenswerter ist das Negativum des § 985, wonach der Eigentümer die Herausgabe der Sache verlangen kann, aber nicht, wie bekanntlich bisher, die Anerkennung seines Eigentums. Die über-

[1]) Vorbereitungsheft.

[2]) Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages Bd. 4 S. 129 ff.

[3]) 1898. S. 341 ff.

[4]) Nähere Literaturberichte bei Biermann, Anm. 3 zu § 985 und Matthiaß Lehrbuch des Bürg. R. II § 29 Anm. 2, die Ecks Meinung teilen.

[5]) Gemeint ist: „in Verbindung mit dem von ihm besessenen Schlüssel".

raschende Konsequenz davon ist, daß, wenn der Eigentümer mit seiner Vindikation durchdringt, dann durch das Urteil sein Eigentum gar nicht mehr rechtskräftig festgelegt wird, vielmehr bedarf es dazu einer vom Eigentumsanspruch verschiedenen Eigentumsfeststellungsklage nach § 231 der bisherigen C.P.O. und § 256 der revidierten C.P.O. Die Motive[1]) sagen auch ganz ausdrücklich, es sei gerade beabsichtigt gewesen, die Eigentumsfeststellungsklage und die Klage auf Herausgabe der Sache von einander zu trennen.

Die Konsequenz ist, daß, wer künftig sein Eigentum festgestellt sehen will, beide Ansprüche mit einander verbinden muß. Nach dem bisherigen Recht hat zwar das Reichsgericht mit Recht angenommen, daß die Verbindung einer Feststellungsklage und einer Leistungsklage nicht zulässig sei. Aber diese Verneinung ist gegenüber dem künftigen Eigentumsanspruch nicht mehr aufrecht zu erhalten. Wir haben dann die sonderbare Erscheinung, daß jemand durch Eigentumsklage sein Eigentum nicht feststellen lassen kann. Natürlich muß er es bei der Beweisführung dartun, und nur, wenn er es dem Richter dartut, wird dieser den Beklagten verurteilen. Aber zur Feststellung gelangt es nicht. Das ist das Ergebnis dieser Formulierung. Natürlich kann auch jeder dieser beiden Ansprüche ohne den andern erhoben werden, die Feststellungsklage ohne den Eigentumsanspruch, und der Eigentumsanspruch ohne die Feststellungsklage, wenn dem Kläger an der Feststellung seines Eigentums etwa nichts liegt.

Aktivlegitimiert ist natürlich der Eigentümer.[2]) Im gemeinen Recht fragt man regelmäßig, ob auch der Cessionar eine Vindikation erheben könne, also ein Vindikationscessionar als solcher auftreten könne. Darauf ist zu sagen, daß nach dem B.G.B. ja der Cessionar mit einer Eigentumsklage selber Eigentümer ist.[3]) Man tritt nach § 931

---

[1]) III. S. 396. Durch diese Beschränkung der Eigentumsklage nach ihrem Ziele wird der Gedanke einer Abtretbarkeit des Eigentumsanspruchs ohne gleichzeitige Überlassung des Eigentums leichter faßlich. Bisher wurde ihre Möglichkeit zuweilen bezweifelt.

[2]) Beruft sich der Kläger auf ein Erwerbsgeschäft, das noch einer Genehmigung bedarf, so fehlt seiner Klage die erforderliche Begründung. Entsch. des R.G. Bd. 54 Nr. 13 S. 46.

[3]) D. h., wenn die Parteien es wollen. Sie könnten aber auch beabsichtigen, daß das Eigentum zunächst bei dem bisherigen Herrn verbleiben und nur der Herausgabeanspruch abgetreten werden soll. Die praktische Bedeutung würde sich darin zeigen, daß der Eigentumserwerb von der Durchführung des Anspruches ab-

mit dem Anspruch auf Herausgabe das Eigentum selber ab. Also ist der Vindikationscessionar künftig sogar als Eigentümer aktiv legitimiert.[1]) Aber freilich bei Grundstücken kann nun der nicht eingetragene Eigentümer das Eigentum selber nicht übertragen, aber doch ein Interesse daran haben, seine Vindikation zu cedieren. Bei Grundstücken wird also der Vindikationscessionar als solcher und nicht als Eigentümer auftreten können. Z. B. der Käufer eines Grundstückes, dem das Grundstück noch nicht aufgelassen oder noch nicht tradiert ist, kann sich sehr wohl den Anspruch des Verkäufers cedieren lassen, ohne daß der Cessionar dadurch selber Eigentümer wird.[2])

Weiter ist auch der Miteigentümer aktiv legitimiert, aber mit einer bemerkenswerten Abweichung vom bisherigen Recht. Das bisherige Recht kennt nämlich für den Miteigentümer nur eine vindicatio partis, eine Vindikation zu seiner Quote. Dagegen behandelt das B.G.B., wie wir früher bei der Korrealobligation gesehen haben (§ 432), die Herausgabe einer Sache als eine unteilbare Leistung.[3]) Infolge dessen kann jeder der mehreren Berechtigten auf die ganze Leistung klagen, aber nur an alle Mitberechtigten.[4]) Das ist ein Anspruch, der jedenfalls die vindicatio partis erheblich überschreitet.[5])

---

hängen wird. So z. B., wenn der dritte Besitzer Gegenansprüche aus Verwendungen hat und der Cedent sich zunächst das Eigentum vorbehält, um den Cessionar zur Befriedigung dieser Ansprüche anzutreiben.

[1]) So auch das R.G., Bd. 49 Nr. 25 S. 97 ff.

[2]) Der Feststellungsanspruch, der auf das Eigentum gerichtet ist, kann m. E. ohne das Eigentum nicht abgetreten werden, sondern höchstens zur Ausübung überlassen werden, wohl aber der Herausgabeanspruch. Vgl. oben S. 163 Anm. 1.

[3]) Auch hier zeigt sich die scharfe Scheidung von Eigentumsfeststellung und Herausgabeanspruch.

[4]) Es ist dies ein Seitenstück der bekannten l. 4 § 3 Dig. VIII, 5: Si fundus, cui itor debitur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio. Es rechtfertigt sich dadurch, daß es dem Miteigentümer nicht gleichgültig sein kann, ob er mit dem Mitberechtigten oder mit einem Fremden sich im Besitze der Sache befindet.

[5]) Ecк will damit wohl nicht bestreiten, daß der Miteigentümer auch nach dem Rechte des B.G.B. gegen einen unbefugten dritten Besitzer nicht bloß auf Herausgabe der ganzen Sache, sondern auch auf Einräumung des bloßen Mittelbesitzes zu seinem Anteile klagen kann. Es heißt in § 1011 „kann" und nicht „muß". Wichtig ist das, wenn ein Unbefugter die Sache besitzt und der eine Miteigentümer nicht in der Lage ist, die Sache zugleich mit dem andern Klagelustigen entgegenzunehmen (z. B. verreist) ist. Hier wird es letzterem von Wert sein, wenigstens selbst in den Besitz der Sache neben den Unbefugten einzudringen.

Die Passivlegitimation liegt, wie schon erwähnt, nicht bloß gegenüber dem unmittelbaren, sondern auch gegenüber dem mittelbaren Besitzer vor. Außerdem bleibt aber das Recht der nominatio auctoris in § 76 der revidierten C.P.O. beibehalten, nur ist es jetzt der belangte unmittelbare Besitzer, welcher den mittelbaren als auctor benennen kann, von dem er seinen Besitz ableitet.[1]) Dann hat der mittelbare sich ebenso zu erklären, wie bisher derjenige, in dessen Namen der belangte Detentor besaß. Im übrigen ist das Recht der nominatio auctoris mit Umgehung des Namens in der neuen C.P.O. beibehalten.

Über die Haftung eines fictus possessor ist ausdrücklich nichts gesagt. Aber es folgt doch seine Passivlegitimation für die rei vindicatio aus allgemeinen Grundsätzen.[2]) Denn derjenige, der sich fälschlich für den Besitzer ausgegeben hat, liti se obtulit, fällt unter die allgemeinen Regeln des § 823 Abs. 1.[3]) Er hat eine unerlaubte Handlung durch die Täuschung des Klägers begangen und haftet auf Schadensersatz.[4]) Hat er aber nicht bloß außergerichtlich sich für den Besitzer ausgegeben, sondern sich auf die Klage eingelassen, ohne den Besitz zu bestreiten, den der Kläger behauptet, so kann er nach den bekannten Regeln der C.P.O. (§§ 288—290) sein Geständnis nicht wieder zurücknehmen, er könnte es nur wegen Irrtums anfechten. Er muß also, weil er an sein Geständnis gebunden ist, auf Herausgabe verurteilt werden.[5])

---

[1]) Der bloße Besitzdiener braucht nicht seinen Herrn zu nennen, sondern kann einfach die Passivlegitimation bestreiten. Vgl. oben S. 160 Anm. 2.

[2]) Dies ist sehr streitig, wenigstens in dieser Allgemeinheit. Für die Haftung der ficti possessores hat sich namentlich Dernburg erklärt (Bürg. R. III § 119, 5, 2. Aufl., S. 349), dem Eck sich im wesentlichen anschließt. Anders jedoch z. B. Planck, Bem. 1b und Biermann, Anm. 2 zu § 985.

[3]) oder auch § 826. Auf diesen Fall des außergerichtlichen liti se offerre bezog sich die Haftung wegen ficta possessio nicht, wohl aber A.L.R. I, 15 § 12, vgl. Dernburg a. a. O. Anm. 14 u. 15.

[4]) aber nicht ohne weiteres auf den vollen Sachwert, den nach römischem Rechte die formula der rei vindicatio erwähnte, vgl. Dig. VI, 1 fr. 25 und 27 pr. Ist durch das Verhalten des Beklagten dem Kläger seine Sache nicht entgangen, sondern nur ihre Verfolgung verteuert worden, so haftet ersterer nur auf den Betrag der Verteuerung.

[5]) Dann würde er aber nur in seiner Eigenschaft als wirklicher possessor verurteilt werden, weil er dann als solcher für erwiesen gelten muß, nicht als besitzlos. Nur aus diesem Gesichtspunkte und aus C.P.O. § 893 würde er für den

Ebenso ist auch gegen den anderen, der dolo desiit possidere, die Passivlegitimation gegeben; denn nach § 990 haftet der malae fidei possessor von Kenntnis seiner Nichtberechtigung ab ebenso wie von der Rechtshängigkeit an für den Schaden, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann. Wenn er dolo desiit possidere, so liegt ein solcher anderer Grund vor, weswegen die Sache von ihm nicht herausgegeben werden kann, dann muß er ebenso verurteilt werden wie nach dem bisherigen Recht. Die praktische Pointe davon ist, daß der Kläger die Eigentumsklage statt auf die Sache, die der Verklagte nicht besitzt, auf den Betrag seines Schadens richten kann, ohne eine unzulässige Klageänderung damit vorzunehmen.[1])

Die Einreden, welche den Eigentumsansprüchen, zunächst dem Vindikationsanspruche entgegen gesetzt werden können, hat der Beklagte nach § 986 in drei Fällen:

1. wenn der Beklagte dem Kläger gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Dazu gehört nicht allein ein dingliches Recht, etwa wenn der Beklagte ein Pfandrecht hat u. dergl. m., sondern auch ein obligatorisches. Das B.G.B. sagt ja sehr vorsichtig „wenn er dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist". Es braucht also kein absolutes Recht

---

Sachwert haften, vgl. Dernburg und Planck a. a. O., auch § 283 B.G.B. Hält der Kläger den Beklagten in seinem Geständnisse nicht fest oder hat der Beklagte es mit Erfolg angefochten, so könnte ersterer höchstens auf dem Boden einer Klageänderung, d. h. der Umgestaltung der Eigentumsklage in eine Deliktsklage, eine Verurteilung erzielen und auch hier nur auf Ersatz des entstandenen Schadens, nicht auf den vollen Sachwert.

[1]) D. h. wenn die bösliche Veräußerung erst nach Eintritt der Rechtshängigkeit dem Kläger bekannt wird. Er wird aber wohl auch klagen dürfen, wenn der Besitzer vorher schlechtgläubig war und arglistigerweise die Sache veräußert hat und zwar auch dann, wenn eine Deliktsklage verjährt sein würde, die Eigentumsklage aber noch nicht. So auch Dernburg und Planck a. a. O. Wenn er aber gutgläubig war und trotzdem die Sache im Hinblick auf den drohenden Prozeß lediglich aus Chikane veräußert hat, so kann m. E. — wenigstens nach B.G.B. — von einer Haftung gegenüber der Eigentumsklage nicht die Rede sein, sondern höchstens von einer solchen aus § 826. Auch nach früherem Rechte konnte man sie bezweifeln. Vgl. Windscheid-Kipp, 8. Aufl., § 193 Anm. 8, I S. 876. Entsch. d. R.G. Bd. 54 Nr. 21 S. 73 spricht von einer redlichen Veräußerung der Sache durch den Beklagten vor dem Beginn des Prozesses.

zu sein, das der Verklagte an der Sache hat, sondern nur ein relatives, obligatorisches gegenüber dem klagenden Eigentümer, z. B. kraft eines Mietsrechtes oder kraft eines Kaufes, der noch nicht durch Eigentumsübertragung vollzogen ist.[1]) Die Wirkung der Einrede z. B. für den, der sich auf das Mietsrecht beruft, würde natürlich eine Abweisung der Klage zur Zeit sein, wenn die Berechtigung des Beklagten, die er dem Eigentümer gegenüber zum Besitze hat, selbst nur zeitlich begrenzt ist. Dernburg[2]) sagt nun, durch die Zulassung dieser obligatorischen Einrede gegen die Eigentumsklage erleide die Selbständigkeit des dinglichen Rechts die empfindlichste Einbuße. Mir scheint das zu viel gesagt. Schon nach der bisherigen Lehre des gemeinen Rechtes war das Gleiche der Fall, und in Preußen galt es ebenfalls als unzweifelhaft, ohne daß man erhebliche Nachteile davon empfunden hätte. Der Gedanke ist eben nach dem B.G.B. der, daß ein Eigentumsrecht aufhört absolut zu wirken, wenn der Eigentümer den Besitz aufgibt. Hat also der Eigentümer die Sache dem Beklagten vermietet, oder aus einer anderen causa übergeben, so muß er sich auch aus einem bloß obligatorischen Verhältnis eine Einrede entgegensetzen lassen.[3])

Das preußische Recht machte freilich noch eine einzelne Ausnahme hinsichtlich der exceptio rei venditae et traditae in § 7 Abs. 2 des Eigentumserwerbsgesetzes. Da ist bestimmt: „Hat der Beklagte von dem Kläger oder seinem Rechtsvorgänger auf Grund eines den Eigentumserwerb bezweckenden Rechtsgeschäftes den Besitz eines Grundstückes erhalten, so sind die aus diesem Rechtsgeschäft herzuleitenden Rechte nicht als Einreden geltend zu machen, sondern nur durch Klage oder Widerklage." Aber auch diese Beschränkung einer obligatorischen Einrede, die das preußische Recht bis jetzt noch enthält, hat man schon als

---

[1]) Ein in der Praxis sehr häufiger Fall ist, daß eine Versicherungspolice zur Sicherung einer Schuld hingegeben wird. Ist hier ein gültiges Pfandrecht bestellt, so beruft sich der Beklagte auf ein dingliches Recht. Allein auch dann, wenn die Verpfändung als solche ungültig ist, gibt das Reichsgericht Entsch. Bd. 51 Nr. 18 S. 86 eine Einrede. M. E. ist dies ein Fall der mit der Schuldleistung ungleichartigen Draufgabe, die nur von Person zu Person, nicht aber dinglich wirkt, vgl. Bd. I S. 322.

[2]) Bürg. R., Bd. III 2. Aufl., § 119 Anm. 22 S. 351.

[3]) Überdies ermöglicht die Zulassung der Einrede, zwei Rechtsfragen in einen einzigen Prozeß zusammenzuziehen und schützt gegen Vertragsbruch des Eigentümers.

ungerechtfertigt erkannt, und darum ist sie im B.G.B. mit vollem Recht weggelassen.[1])

Wenn der Verkäufer eines Grundstückes, das er dem Käufer übergeben aber noch nicht aufgelassen hat, dessen Eigentum ihm also verblieben ist, in Konkurs verfällt und der Konkursverwalter das Grundstück von dem besitzenden Käufer vindiziert, so fragt sich, ob dann der besitzende Käufer auch gegen den Konkursverwalter die hier durch § 986 gewährte Einrede habe. Die Motive verneinen das;[2]) denn die Verpflichtung des in Konkurs verfallenden Gemeinschuldners ist keine Masseschuld. Freilich ist sie das nicht. Aber der Konkursverwalter klagt doch nur aus dem Eigentumsanspruch des Gemeinschuldners gegen den besitzenden Käufer.[3]) Darum muß der Käufer auch die Einrede, die er gegen den Eigentumsanspruch des Gemeinschuldners hatte, ebenso dem Konkursverwalter entgegenstellen können. Ich würde hier also anders als die Motive entscheiden. Dernburg frägt noch, ob nicht in solchem Falle der Konkursverwalter gut tun würde, das Grundstück einem Dritten zu übereignen und spricht ihm dies Recht ab, „weil ein solches Verfahren ein Vertrauensbruch sein würde.“[4]) Wenn der Verkäufer sein Eigentum an einen Dritten überträgt, z. B. durch Auflassung des Grundstückes, das er zwar dem Käufer übergeben, aber noch nicht aufgelassen hatte, so kann dem neuen Eigentümer die Einrede von jenem Käufer und Besitzer nicht mehr opponiert werden,[5]) oder doch höchstens als exceptio doli. Denn der verklagte Besitzer ist nicht dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt, sondern er ist es nur gegen dessen Rechtsvorgänger und höchstens wenn der jetzige Kläger dolos mit dem Ver-

[1]) Die hiernach zugelassene exceptio rei venditae et traditae ist übrigens nicht das ebenso benannte Rechtsmittel des römischen Rechts, weil es (wie der Text weiter unten angibt) nicht, wie dieses, gegen Dritte geht.

[2]) III S. 422. Ihnen haben sich die meisten angeschlossen, vgl. die bei Biermann, Anm. 2 zu § 896 Genannten.

[3]) Dies ist der Standpunkt Dernburgs, § 92 Anm. 2 S. 267. Die Frage hängt mit der bekannten Lehre von der Bedeutung der Konkursverwaltung für das Vermögen des Kridars zusammen, die hier nicht erörtert werden kann. Der Herausgeber ist geneigt, sich Dernburg und Eck anzuschließen.

[4]) Aus dem Vorbereitungsheft, vgl. Dernburg Bd. III, 2. Aufl., § 92 S. 286.

[5]) Ebenso Biermann, Anm. 2 zu § 986. Der durch eine exceptio rei venditae et traditae, die auch gegen Dritte galt, geschützte Besitz des römischen Rechts war an praktischem Werte dem Eigentume beinahe gleichwertig. Die Notwendigkeit, Eigentumsüberlassungen einzutragen, würde einen schweren Abbruch erleiden, wollte man solche Verhältnisse auch gegen Dritte schützen.

äußerer zusammen gewirkt hatte, um dem Käufer, dem bereits tradiert war, das Grundstück wieder zu entreißen, würde die Einrede als exceptio doli zu substanzieren sein.[1])

2. Eine zweite Einrede ist etwas versteckt in den Worten des § 986 enthalten: „Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er oder der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist." Der unmittelbare Besitzer hat hiernach eine Einrede auch aus dem Recht des mittelbaren, von dem er seinen Besitz ableitet. Der Afterpächter z. B. kann sich gegen die Vindikationsklage des Hauseigentümers auf den Pachtkontrakt des ersten Pächters berufen. Ist dies aber nicht eine exceptio de jure tertii, eine Einrede aus der Forderung eines anderen? Eine gewisse Vermischung der Grenzen zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten liegt darin in der Tat, aber diese findet man häufig im B.G.B., z. B. bei der Sachmiete und beim Kommodat ausgesprochen:[2]) Wenn der Mieter ohne Befugnis weiter vermietet, oder der Kommodotar ohne Befugnis weiter verleiht, so kann der erste Vermieter und der erste Kommodant eine persönliche Klage aus dem Kontrakt gegen den Aftermieter oder gegen den Subkommodotarius erheben. Auch da ist die Grenze zwischen persönlichen und dinglichen Rechten nicht streng innegehalten. So kann auch hier nach den Worten des § 986 der unmittelbare Besitzer sich aus der Forderung, die der mittelbare hatte, dem Eigentümer gegenüber verteidigen.[3])

Jedoch hat nach § 986 Abs. 1 Satz 2[4]) der Kläger gegen diese Einrede des unmittelbaren Besitzers eine Replik, wenn der mittelbare Besitzer ihm gegenüber nicht befugt war, die Sache dem Beklagten zu überlassen. Wenn also der erste Mieter nicht weiter vermieten durfte und es doch tut, oder wenn der Pfandgläubiger das Pfandstück weiter versetzt hat, obwohl er es nicht durfte, so kann der vindizierende Eigentümer gegen den beklagten unmittelbaren Besitzer mit einer Replik die Rückgabe der Sache verlangen, jedoch nicht an den Kläger, sondern

[1]) Eine Ansicht, die in ihrem Ergebnisse sehr nahe an das vom B.G.B. verworfene jus ad rem herankommen würde und darum vom Herausgeber nicht geteilt wird.

[2]) §§ 556 Abs. 3, 604 Abs. 4 B.G.B.

[3]) Das B.G.B. erspart ihm hier die nominatio auctoris.

[4]) Der Wortlaut dieser Vorschrift ist öffentlich als unverständlich getadelt worden. Für Juristen ist er völlig klar.

zunächst nur an den mittelbaren Besitzer und nur dann, wenn dieser den Besitz nicht wieder annehmen kann oder will, an sich selber.[1])

3. Eine Einrede nach § 986 Abs. 2 hat der Besitzer in dem Falle, daß der Kläger sich Eigentum an einer beweglichen Sache durch bloße Abtretung des Herausgabeanspruches erworben hat. Dann hat er gegen den vindizierenden Eigentümer auch die Einwendungen, die er gegen den abgetretenen Anspruch des Vordermannes hatte, also auch Einreden aus einem persönlichen Recht, aus einem Mietsvertrage, Leihvertrage u. s. w. Der Gedanke, den wir schon berührt haben, ist, daß die Lage des Besitzers nicht durch einen Eigentumswechsel mittels bloßer Abtretung verschlechtert werden soll.[2]) So kann der Abonnent einer Leihbibliothek, der Bücher in Händen hat, wenn die Leihbibliothek verkauft worden ist, z. B. an einen Antiquar, und diesem der Herausgabeanspruch an die einzelnen Abonnenten abgetreten worden ist, falls der Antiquar vindiziert, sich auf seinen Mietsvertrag mit dem verkaufenden Leihbibliothekar berufen. Es ist eigentümlich, daß auch hier ein Forderungsrecht des Abonnenten aus dem Mietsvertrage in Verbindung mit seinem Besitz dingliche Kraft in einer bestimmten Richtung, nämlich gegen den neuen Eigentumserwerber, bekommt. Gegen die Klage des Eigentümers entspringt aus einer Obligation seines Vordermannes eine Einrede. Aber das erklärt sich eben wieder aus der erhöhten Bedeutung des Besitzes. Der vorstehende Fall ist eines der verschiedenen Symptome dieser Idee, von der wir noch zahlreiche Konsequenzen kennen lernen werden.[3])

Siegt der Kläger in dem Eigentumsstreit, so haftet der Beklagte[4])

[1]) Eine überaus zartfühlende Rücksichtnahme auf den mittelbaren Besitzer, der sein Versprechen gebrochen hat und dafür nicht allzu streng bestraft werden soll. Die Notwendigkeit der Vorschrift ist zweifelhaft.

[2]) Übereinstimmend Biermann, Anm. 3 zu § 986 und die dort Genannten. Die Vorschrift bezieht sich nicht auf den Fall, daß der Beklagte die Rechtsgültigkeit der Cession bestreitet, Entsch. d. R.G. Bd. 49 Nr. 25 S. 101. Dies ist Klageleugnung und nicht Einrede.

[3]) Das Vorbereitungsheft bemerkt hierzu: „Wenn ein Putativerbe des Leihbibliothekars einen Erbschein erlangt, und hierauf an einen Antiquar die Leihbibliothek verkauft, so kann der Abonnent sich diesem gegenüber nicht auf den Leihkontrakt berufen, weil er diesen nicht mit dem Auktor des Klägers, dem Putativerben, sondern mit dem früheren Eigentümer, dem Leihbibliothekar, geschlossen hat." Eck hat diese zweifelhafte Entscheidung wohl absichtlich im Vortrage weggelassen.

[4]) Die nachfolgenden Vorschriften über den Umfang des Eigentumsanspruches finden bei dem Rücktritts- und Wandlungsrecht entsprechende Anwendungen (§§ 347,

1. in Ermangelung besonderer Gründe nach § 993 für Nutzungen und für Verschlechterungen der Sache, die während seiner Besitzzeit eingetreten sind, nicht.

Er behält die gezogenen Früchte, wie nach preußischem Recht und auch wahrscheinlich einstmals nach dem klassischen Recht, welches aber im spätrömischen Rechte[1]) dahin korrigiert worden ist, daß die fructus extantes einem Vindikanten herausgegeben werden müssen.[2])

Der Beklagte haftet nicht für Verschlechterungen, selbst wenn er sie absichtlich herbeigeführt, z. B. das Grundstück durch Mißwirtschaft devastiert hat. Nach römischem Recht haftet er ebensowenig, quasi suam rem neglexit. Das preußische Recht läßt bekanntlich wegen culpa lata den Besitzer auf Ersatz des dadurch angerichteten Schadens haften. Das ist gewiß nicht zu rechtfertigen. Wenn der Besitzer, wie präsumiert werden muß, in bona fide war, so kann man kaum von culpa lata bei Verschlechterungen reden.

Nur für solche Früchte gilt nach § 993 eine Ausnahme, die nach den Regeln einer ordentlichen Wirtschaft nicht den Ertrag der Sache bilden, sondern vielmehr ein eigenes Kapital. Diese muß der beklagte Besitzer, der unterlegen ist, nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben. Wenn z. B. in einem Walde, der auf dem eingeklagten Landgute stand, durch Windbruch unendlich viel mehr Bäume geknickt worden sind, als nach den Regeln der Forstwirtschaft gefällt werden dürften, oder wenn der Verklagte durch Raubbau ein Bergwerk oder einen Steinbruch über die Maßen ausgenutzt hat, so hat er freilich nur Früchte gezogen, weil der Windbruch Erzeugnisse des Bodens umfaßt (§ 100). Aber diese Früchte bilden nach den Regeln einer ordentlichen Wirtschaft nicht den Ertrag, sondern ein eigenes Kapital. Darum muß er sie als ungerechtfertigte Bereicherung, soweit er noch reicher ist, herausgeben. In diesem Satz steckt eine Art Gegengewicht gegen den ungeheuer weiten Fruchtbegriff des B.G.B. Indem das B.G.B. rundweg alle Erzeugnisse, also den ganzen Wald

---

467, vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 44 Nr. 63 S. 252), ebenso nach § 292 bei den Forderungen auf Herausgabe eines bestimmten Gegenstandes. Über die Anwendbarkeit des Art. 181 E.G. auf diese Vorschriften vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 46 Nr. 36 S. 145, 146.

[1]) Vgl. c. 22 Cod. de rei vind. 3, 32 (Diocletianus et Maximianus).

[2]) Es ist streitig, ob die Vorschrift nicht schon älteren Datums ist, vgl. die bei Dernburg, Pandekten I § 205 Anm. 16. 7. Aufl. S. 480 Genannten.

auf einem Landgut als Früchte betrachtet, sieht es sich genötigt, hier dem Vindikationsbeklagten bei seiner Verurteilung nicht alle gezogenen Früchte zu belassen.

Nach § 988 muß außerdem der Beklagte, wenn er die vindizierte Sache unentgeltlich erworben hatte, sogar alle Nutzungen, soweit er noch reicher ist, nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben.[1]) Also alle Nutzungen, nicht bloß die Früchte. Wenn er z. B. in einem Hause, das auf dem jetzt eingeklagten Grundstück stand, gewohnt und dadurch die Miete für sich erspart hat, so hat er keine Früchte, wohl aber Nutzungen gezogen und muß das, was er an Mietszins gespart hat, herausgeben. Diese Bestimmung ist recht streng, denn es braucht dem Beklagten nach den Regeln der Bereicherung bloß bewiesen zu werden, daß er die Vorteile erlangt hat, während er seinerseits zu beweisen hat, daß die Bereicherung nachträglich wieder weggefallen ist,[2]) was unter Umständen schwer möglich ist. Wenn er z. B. auf größerem Fuße gelebt hat, weil er sich für den Eigentümer eines großen Gutes hielt u. dgl. m., so wird er „unter den angedeuteten Verhältnissen"[3]) den Wegfall der Bereicherung schwer darzutun imstande sein.

2. Schärfer aber haftet der Vindikationsbeklagte für alle Nutzungen, die er gezogen hat, oder die er auch nur hätte ziehen können, ebenso auch für Verschlechterungen, die durch sein Verschulden herbeigeführt sind, aus drei besonderen Gründen.

a) Nach §§ 987 und 989 haftet er vom Eintritt der Rechtshängigkeit an. Die Nutzungen, die er von da an gezogen hat, muß er herausgeben, ja sogar die fructus percipiendi, die er hätte ziehen können. Auch für Verschlechterungen durch sein Verschulden ist er von da ab verantwortlich. Vom Eintritt der Rechtshängigkeit an steht er unter der Zucht des Prozesses.[4])

b) Ebenso haftet er, wenn er nicht in gutem Glauben war (§ 990).[5]) Der Mangel des guten Glaubens erscheint hier wieder als ein beson-

[1]) Über den Zusammenhang dieser Vorschrift mit dem Rechte der hereditatis petitio vgl. des Herausgebers Erbschaftsbesitz, Jena 1899 S. 92, 126.

[2]) Ebenso Dernburg, Bürg. R. § 120 S. 354 und Biermann zu § 988.

[3]) Eingeschoben.

[4]) Über die Beweislast s. Biermann zu § 989.

[5]) Biermann, Anm. 2 zu § 990. „Durch bloße Mahnung wird Bösgläubigkeit nicht begründet." Wohl aber treten die Folgen des Verzuges (§§ 286, 287) ein, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen, § 990 Abs. 2. Vgl. Bd. 1 S. 280 ff.

deres Hindernis. Die Regel von der Nichthaftung des Beklagten stützt sich auf seinen guten Glauben. Da dieser aber nicht besonders bewiesen zu werden braucht, so kommt der Mangel des guten Glaubens als besonderer Haftungsgrund zum Vorschein. Es ist zu erinnern, daß Mangel des guten Glaubens vorliegt, wenn der Beklagte um das fremde Recht wußte oder es grob fahrlässig verkannte,[1]) und daß auch nachträgliches Erfahren, d. h. Wissen den Satz: mala fides superveniens nocet begründet.

c) Am schärfsten haftet der Vindikationsbeklagte, wenn er durch verbotene Eigenmacht[2]) oder strafbare Handlung den Besitz erlangt hatte (§ 992). Dann soll er nach den Regeln über unerlaubte Handlungen auf Schadensersatz haften. Er wird also nicht bloß auf Herausgabe der gezogenen oder versäumten Nutzungen und für Verschlechterungen der Sache haften, sondern für allen Schaden, den der Eigentümer erlitten hat. Z. B. wenn einem Eigentümer eine Sache abhanden gekommen war, und er eine Summe auf Ermittlung des Diebes ausgelobt und bezahlt hat, so wird derjenige, der durch verbotene Eigenmacht oder eine strafbare Handlung den Besitz erlangt hatte, auch diese Aufwendung ersetzen müssen.[3])

Bei der Haftung des Besitzers taucht die Frage auf, die wir schon so oft haben berühren müssen, ob sich die Regeln der Haftung des Besitzers auf den unmittelbaren und den mittelbaren Besitzer gleichmäßig beziehen. Das B.G.B. läßt das nicht klar erkennen. Man wird im allgemeinen die Frage bejahen müssen; denn beide sind doch eben selbständige Besitzer. Folgeweise wirkt denn auch die Rechtshängigkeit der Eigentumsklage gegen den einen nicht zum Nachteil des anderen und umgekehrt. Der Eigentümer mag, wenn er eine verschärfte Haftung beider Besitzer, des mittelbaren und des unmittelbaren,

[1]) Vgl. oben S. 119.

[2]) Es ist zweifelhaft, oft diese Vorschrift nur von einer verschuldeten verbotenen Eigenmacht redet, Literatur bei Biermann zu § 992. Vernünftig ist eine solche Einschränkung jedenfalls, doch widerspricht sie dem klaren Wortlaute des Gesetzes. M. E. war überhaupt die Aufnahme einer unverschuldeten verbotenen Eigenmacht in § 858 ein Mißgriff oder doch jedenfalls eine Mißhandlung der deutschen Sprache. Ein vernünftiger Gesetzgeber kann nur solchen Leuten etwas verbieten wollen, die sich dessen bewußt sind, daß die Voraussetzungen des Verbots vorliegen.

[3]) Eck setzte hiernach ein Verschulden bei der verbotenen Eigenmacht zur Anwendbarkeit des § 992 nicht voraus.

erzielen will, seine Eigentumsklage gegen beide richten. Ebenso, wie es mit der Rechtshängigkeit steht, ist es auch mit dem guten und bösen Glauben zu halten. Auch der Glaube eines jeden wird selbständig beurteilt. Ist z. B. der Verpächter eines fremden Grundstücks in bösem Glauben, weiß er, daß er nicht Erbe ist, sondern daß der Erblasser durch Testament einen anderen als ihn berufen hat, ist aber sein Pächter in gutem Glauben, so wird der Pächter kraft seines guten Glaubens Eigentümer der Früchte, die er erntete, und die mala fides des Verpächters schadet ihm nicht.[1]) Der Eigentümer, der diesen Fruchterwerb durch den Pächter hindern will, muß daher suchen, den Pächter in bösen Glauben zu versetzen, d. h. ihm persönlich die Erfahrung beizubringen, daß ein fremdes Eigentum besteht. Dann wird er nach dem Satze: Mala fides superveniens nocet von da ab den Pächter in eine erhöhte Haftung versetzen.

Von dieser ziemlich einfachen und sachgemäßen Regel enthält § 991 zwei wichtige Abweichungen. Er handelt von der Selbständigkeit des Besitzers, des mittelbaren und des unmittelbaren gegenüber dem Eigentümer.

1. § 991 Abs. 1: Ein unmittelbarer Besitzer, der sein Recht von einem mittelbaren ableitet und in bösem Glauben ist, soll dem Eigentümer für die gezogenen Nutzungen nicht schon wegen seines bösen Glaubens haften, sondern erst dann, wenn auch der mittelbare Besitzer bösgläubig ist, oder diesem mittelbaren gegenüber die Rechtshängigkeit der Eigentumsklage eingetreten ist. Hat also ein Pächter ein Grundstück von dem redlichen Putativerben gepachtet, obwohl er selber weiß, daß der Verpächter nicht Erbe ist, so haftet der Pächter trotz seines bösen Glaubens dem Eigentümer für die gezogenen Nutzungen nicht. Warum nicht? Offenbar doch wohl darum nicht, weil zwischen diesem böswilligen Pächter und dem Eigentümer der gutgläubige Verpächter in der Mitte steht und dieser Verpächter, wenn der Pächter die Nutzungen dem Eigentümer herausgeben müßte, einem Regresse des Pächters unterliegen, also trotz seiner bona fides schließlich den Nachteil tragen würde.[2]) Darum soll der unmittelbare Besitzer nur so

[1]) Vgl. oben S. 41 ff.

[2]) Dies ist nicht zweifellos, weil Treu und Glauben nach der Verkehrssitte m. E. das Gegenteil gebieten würden. Für § 991 Abs. 1 läßt sich allenfalls sagen, daß der bösgläubige Pächter durch seinen Vertrag die Lage des Eigentümers nicht verschlechtert, also ihn nicht zu entschädigen braucht.

haften, als wenn der mittelbare direkt dem Eigentümer gegenüber stände.

2. § 991 Abs. 2[1]) macht eine Ausnahme gerade in umgekehrter Richtung. Ein unmittelbarer Besitzer, der sein Recht von einem mittelbaren ableitet und in gutem Glauben ist, soll darum dem Eigentümer gegenüber noch nicht von jeder Haftung für Schaden, den er der Sache zufügt, frei sein, sondern deshalb insoweit haften, als er dem mittelbaren Besitzer verantwortlich ist.[2]) Hat also ein Pächter das Grundstück gutgläubig von einem Putativerben gepachtet, so daß er nach der Regel dem Eigentümer für Verschlechterungen nicht haften würde, dann aber aus Rache gegen den Verpächter, mit dem er sich überworfen hatte, etwa die Scheunen und Ställe auf dem Grundstück in Brand gesteckt, so kann er dem Eigentümer gegenüber, der ihn mit der Vindikation belangt, nicht seine Unkenntnis des dem Kläger zustehenden Eigentums geltend machen, sich also nicht hinter seinen guten Glauben zurückziehen, sondern haftet ebenso, wie er seinem Verpächter gegenüber verantwortlich ist.

Hier haben wir eine Ausdehnung der Haftung des gutgläubigen unmittelbaren Besitzers über die Tragweite der allgemeinen Regel hinaus.

Der Anspruch auf Ersatz der Verwendungen ist sehr eingehend geregelt (§§ 994—1003.)[3])

---

[1]) Von Bolze angeregt, vgl. Biermann, Anm. 2 zu § 991. Auch dieser Vorschrift lag wohl ein allgemein empfundenes Bedürfnis nicht zu Grunde, doch ist sie mit großem Scharfsinn einer verwickelten Sachlage angepaßt. Wenn z. B. der Pächter des mittelbaren Besitzers die Sache beschädigt, so würde er ohne diese Bestimmung von Schadensersatz frei werden, falls der Eigentümer die Sache an sich reißt, und der Eigentümer würde ihm gegenüber aus allgemeinen Grundsätzen keinen Anspruch haben, weil der Pächter immerhin dem Eigentümer gegenüber redlicher Besitzer der Sache ist, obwohl er sich nicht wie ein solcher benommen hat. Darin läge eine Art von grundloser Bereicherung vom Standpunkte der Zwecke des Rechtes. Diese Bereicherung beugt § 991 Abs. 2 in glücklicher Weise vor.

[2]) Eine eigenartige cessio legis, Biermann, Anm. 2 zu § 991. Hat der mittelbare Besitzer die Sache vom Eigentümer gepachtet und an einen Dritten weiter verpachtet, so kann er darunter leiden, daß nach dieser Vorschrift seine Schadensersatzansprüche gegen den Afterpächter hinter seinem Rücken von dem Eigentümer eingetrieben werden können. Der Afterpächter wird aber in solchen Fällen in der Regel durch nominatio auctoris seinen Kopf aus der Schlinge ziehen.

[3]) Der Begriff der Verwendungen ist im Gesetzbuche als bekannt vorausgesetzt. Die Begriffsbestimmung der Motive III S. 411, die in den Verwendungen Ge-

Nach §§ 994 und 995 hat jeder Besitzer, also auch der unredliche, Anspruch auf Ersatz für notwendige Verwendungen.[1]) Nur werden die gewöhnlichen Unterhaltungskosten nicht als notwendige Verwendungen gerechnet,[2]) sondern mit den Nutzungen, die der Besitzer gehabt hat, kompensiert.[3]) Nach Eintritt der Rechtshängigkeit wird der Besitzer wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag beurteilt. Er hat also nicht mehr einen unbedingten Anspruch auf notwendige Impensen, sondern nur in den Grenzen, in denen ein negotiorum gestor ihn haben

---

schäfte sieht, ist als allzueng angefochten worden (vgl. Dernburg, Bürg. R. III, II § 122 S. 359, Biermann, Anm. 1 zu § 994). Allein auch als „Leistungen" sind sie m. E. zu eng definiert. Selbst durch zufällige Ereignisse, z. B. wenn der Wind wertvollen Samen ausstreut, können sie zustande kommen. Überhaupt wird nicht für das Verwendungsereignis, d. h. in der Regel die Verwendungstat, ein Ersatz gegeben, sondern für den Vermögensverlust, der sie begleitet, das Verwendungsopfer. Da sein Ersatz ohne Zweifel mit dem Schutz des Beklagten gegen grundlose Schädigungen zusammenhängen soll, so kann es auch auf den Zweck des Opfers nicht ankommen, sondern nur auf seinen Erfolg. Jedes Vermögensopfer, das dem Eigentümer zugute kommt, ist eine Verwendung auf seine Sache, und mit Recht zählt Fischer Anm. 2 zu § 994 dazu auch einen Kaufpreis, durch dessen Verauslagung die Sache dem Eigentümer erhalten worden ist. Die Gesetzgebung kann unmöglich darauf Gewicht legen, ob die Sache als solche gewonnen hat, nur der Gewinn, den der Eigentümer macht, rechtfertigt dessen Belastung. Deshalb ist auch zu bedauern, daß man bei den werterhöhenden Verwendungen nicht mehr mit dem römischen Rechte auf die besonderen Bedürfnisse der Eigentümer sehen will, vgl. Biermann, Anm. 1 zu § 996 und die folgende Anmerkung.

[1]) Nach Dernburg § 122 S. 359 hat das B.G.B. hier jede Rücksicht auf „Bereicherung" fallen gelassen. Allein eine Bereicherung des Klägers liegt doch immer darin, daß die Sache ihm erhalten geblieben ist und so wertvoll erscheint, daß er sie herausfordert, ungeachtet des ihm obliegenden Ersatzes der notwendigen Verwendungen. Der Hauptzweck des Ersatzes der notwendigen Verwendungen ist freilich der Antrieb gegenüber dem Besitzer, solche Verwendungen vorzunehmen.

[2]) Das Reichsgericht erwähnt unter den notwendigen Verwendungen auch die Futterkosten, Entsch. Bd. 52 Nr. 44 S. 166. Es ist daher wohl auch richtiger, die gewöhnlichen Erhaltungskosten zu den notwendigen Verwendungen als eine besonders behandelte Unterart zu rechnen.

[3]) Hier hat der Besitzer in den Nutzungen bereits einen seinen Wünschen entsprechenden Ersatz erhalten. Die Gefahr einer Mißernte muß er tragen. Will der Kläger ihm die Nutzungen belassen, um ihm nicht die Erhaltungskosten zahlen zu müssen, so kann er mit der Klage warten, bis die Nutzungen gezogen sind. Wartet er nicht, so kann er einen solchen Austausch dem Beklagten nicht ohne dessen Zustimmung zumuten. Dieser Punkt ist streitig, vgl. Biermann, Anm. 1 zu § 994.

würde, d. h. nur, wenn die Verwendungen der mutmaßlichen Absicht des Eigentumsklägers entsprachen.[1])

Über andere Verwendungen bestimmt § 996:

„Für andere als notwendige Verwendungen kann der Besitzer Ersatz nur insoweit verlangen, als sie vor dem Eintritt der Rechtshängigkeit und vor dem Beginne der im § 990 bestimmten Haftung gemacht werden und der Wert der Sache durch sie noch zu der Zeit erhöht ist, zu welcher der Eigentümer die Sache wieder erlangt."

Es müssen also die Verwendungen nicht blos vor Eintritt der Rechtshängigkeit gemacht sein, sondern auch der Wert der Sache muß noch zu der Zeit gesteigert sein, zu welcher der Eigentümer die Sache wieder erlangt.[2]) Wenn z. B. der Besitzer angefangen hat, nützliche Verwendungen auf die Sache zu machen, und dann die Rechtshängigkeit eintritt, so muß er dies plötzlich unterbrechen, weil alles, was er nach Eintritt der Rechtshängigkeit verwendet hat, ihm nicht mehr ersetzt zu werden braucht. Wenn er z. B. ein Pferd als redlicher Besitzer erworben hat und anfängt, das Pferd dressieren zu lassen, und dann die Rechtshängigkeit eintritt, so muß er die Ausbildung des Tieres unterbrechen. Fährt er mit derselben fort und unterliegt dann wider sein Erwarten im Prozeß, so kann er alle Kosten, die hinter den Eintritt der Rechtshängigkeit fallen, mögen sie das Pferd auch noch so sehr im Wert gesteigert haben, nicht ersetzt verlangen. Das ist eine sehr starke Einengung.[3])[4])

---

[1]) Unerwähnt läßt Eck den § 995, der ebenso wie auch sonst geschieht (§§ 1047, 1385, 1, 2126, 2376), die Lasten, die man bei ordentlicher Wirtschaft aus den Einnahmen zu decken pflegt, von den größeren Lasten, bei denen man in der Regel das Kapital angreift, sondert. Letztere sind nach der Redeweise des Gesetzbuchs „auf den Stammwert der Sache gelegt".

[2]) Unter dem Wert versteht man nicht den Wert, der aus den besonderen Bedürfnissen des Eigentümers hervorgeht, sondern den allgemeinen Wert im Verkehrsleben und sieht darin eine Abweichung vom römischen Recht, vgl. Biermann, Anm. 1 zu § 996. Ich vermag aber nicht recht einzusehen, warum man hier unter den beiden denkbaren Deutungen des Wortes gerade diejenige aussucht, deren Annahme die zweckwidrigeren Ergebnisse nach sich zieht. — Daß der Ersatzberechtigte auch seinen Zinsverlust in Rechnung stellen darf, ist bestritten, wird aber von Biermann, Anm. 3 zu § 996 mit Recht angenommen.

[3]) Das Vorbereitungsheft bemerkt hierzu, daß die erst nach dem Urteile gemachten Verwendungen nicht mehr unter § 996 fallen.

[4]) Vielleicht könnte hier eine einschränkende Auslegung helfen, der zufolge die Fortsetzung einer zusammenhängenden Reihe von Verwendungsakten nach einem einheitlichen Verbesserungsplane nicht als eine besondere neue Verwendung gilt.

Ganz bedenklich ist auch die Bestimmung, daß der Wert der Sache zu der Zeit, zu welcher der Eigentümer die Sache wieder erlangt, erhöht sein muß. Das ist erst nach dem Urteil möglich. Der Richter soll also dem Beklagten aufgeben, diejenige Wertsteigerung zu ersetzen, die die Sache zu der Zeit haben wird, in der der Kläger durch rechtskräftig gewordenes Urteil die Sache wieder erlangen wird. Dann bekommen wir ein bedingtes Urteil, da der Richter nicht im voraus die Wertsteigerung übersehen kann, die in einem künftigen Zeitpunkte vorhanden sein wird. Liest man diesen Paragraphen, so hat man das Bedenken, daß sich der Kläger doch in sehr starkem Maße mit dem Schaden des Beklagten bereichern könne. Wenn der Beklagte z. B. auf einer elenden Sandscholle, die einen ganz geringen Wert hat, zu einem kostbaren Haus die Fundamente gelegt hatte und in dem Augenblick, wo die Rechtshängigkeit eintritt, den Bau nicht unterbricht, sondern das Haus fertig bauen läßt, weil er den Baumeister engagiert hatte und die Arbeiter bereits zur Stelle sind, auch weil er den Prozeß zu gewinnen hofft und nun trotzdem unterliegt, so hat er kein Recht, für diejenigen Stockwerke, die nach der Rechtshängigkeit fertig geworden sind, Ersatz zu verlangen. Diesem Bedenken hilft einigermaßen § 997 ab, welcher bestimmt, daß für solche Sachen, die der Besitzer mit der fremden Sache als wesentlichen Bestandteil verbunden hatte, dem Besitzer ein Wegnahmerecht (jus tollendi) zusteht. Es ist bei Bauten aber immerhin ein recht schwacher Trost, daß der Beklagte das Haus wieder abreißen lassen und das Abbruchsmaterial an sich nehmen kann. Hat der Beklagte aber neben dem Wegnahmerecht einen Anspruch auf Ersatz von Verwendungen, so gibt ihm § 997 ein Wahlrecht. Er kann entweder den Wertersatz seiner Verwendungen beanspruchen oder sein jus tollendi ausüben. Doch fällt dies letztere nach § 997 Abs. 2 weg, wenn sich durch seine Ausübung kein Nutzen für den Beklagten ergeben würde, oder wenn der Kläger den Wert des wegzunehmenden Materials dem Verklagten anbietet. Macht also der Verklagte Miene, das neu gebaute Haus wieder abzureißen, so kann der Kläger sich dadurch den Besitz des Hauses verschaffen.[1])

[1]) Für landwirtschaftliche Grundstücke enthält § 998 eine Sondervorschrift, die für den verworfenen deutschrechtlichen Satz: „Wer säet, der mäet" einen (allerdings durchaus nicht gleichwertigen) Ersatz bietet, von dem nicht recht klar ist, warum er nicht noch allgemeiner (für alle fruchttragenden Sachen) aufgestellt ist. (So z. B. wenn ein Hausbesitzer für die laufende Mietsperiode eine elektrische Beleuchtung

Interessant ist, daß nach § 999 die Ersatzpflicht nicht, wie nach dem bisherigen und dem römischen Recht, sich nur an die Person knüpft, sondern auch an der Sache haftet; denn es ist bestimmt, daß der Besitzer auch für Verwendungen seines Vorbesitzers Ersatz beanspruchen kann,[1]) und daß der Eigentümer auch für Verwendungen, die schon vor seiner Eigentumszeit gemacht worden sind, Ersatz leisten muß.[2]) So bekommt eben die Ersatzpflicht eine Art dinglichen, die Sache selbst berührenden rechtlichen Charakter.[3])

Zur Deckung dieses Ersatzanspruches hat der Beklagte ein Zurückbehaltungsrecht, mit Ausnahme des Falles, daß er durch vorsätzliche unerlaubte Handlung den Besitz erlangt hat (§ 1000).

Dieses Retentionsrecht ist aber nicht, wie im römischen Recht, die einzige Waffe des Verklagten, sondern § 1001 gibt ihm geradezu auch einen Anspruch, ein klagbares Recht.[4]) Nur soll der Anspruch erst dann zu erheben sein, wenn der Eigentümer den Besitz der Sache zurückerlangt oder die Verwendungen genehmigt hat, kann also nicht eingeklagt werden, während der Besitzer die Sache noch nicht wieder hat.

---

gegen Entgelt erworben hat und nun die Sache dem Eigentümer räumen muß, so daß dieser auf seine Kosten einen erhöhten Mietszins erhält). Eine Analogie ist hier wohl nicht zulässig. Immerhin leuchtet aber aus § 998 ein allgemeiner Gedanke heraus, nämlich die Erwägung, daß auch Verwendungen, die nicht die Sache verbessern, sondern nur den Nutzungen gewidmet sind, einen Ersatz verdienen, falls die Nutzungen nicht dem Verwender, sondern dem Eigentümer zugefallen sind.

[1]) Auch dies ist eine cessio legis. Der Nachbesitzer wird in der Regel den Erfolg der Verwendungen im Kaufpreis der Sache dem Vorbesitzer vergütet haben. Ist ihm aber die Sache geschenkt, so ist ihm auch dieser Erfolg und sein Wert mitgeschenkt. Das römische Recht stellt freilich den Nachbesitzer hinsichtlich dieses erworbenen Mehrwerts nicht günstiger als hinsichtlich der Sache selbst. Im B.G.B. erscheint die neue Vorschrift als ein Überrest des sonst grundsätzlich verworfenen sog. „Lösungsanspruches" des verklagten Besitzers.

[2]) Vgl. hierzu § 93 Abs. 2 des Zwangsversteigerungsgesetzes: „Zum Ersatze von Verwendungen, die vor dem Zuschlage gemacht sind, ist der Ersteher nicht verpflichtet."

[3]) d. h. einen subjektiv-dinglichen.

[4]) Ein Beklagter kann hiernach seine Verwendungsansprüche verbergen, hierauf sich verurteilen lassen und schließlich die Sache zurückgeben, um erst hinterher mit jenen Ansprüchen vorzugehen, nachdem der Kläger die Sache angenommen hat. In solchem Falle würde der Eigentümer vielleicht seine Klage haben fallen lassen, wenn er das Vorhandensein der Verwendungen geahnt hätte. Kann sich denn nicht der Eigentümer wenigstens durch Preisgabe der Sache retten? Biermann bejaht dies mit Recht, Anm. 2 zu § 1001 und bemerkt treffend: „Die bloße Wiedererlangung der Sache hat geringere Wirkungen als die Genehmigung".

Nach § 1002 erlischt der Anspruch in kurzer Frist, nämlich mit Ablauf eines Monats im allgemeinen, bei einem Grundstücke mit Ablauf von sechs Monaten nach der Herausgabe.[1])

Schließlich ist noch der merkwürdige § 1003 zu besprechen, von dem Dernburg sagt,[2]) daß bisher ein Bedürfnis für solche Bestimmungen nicht hervorgetreten sei. Die Vorschrift will den Schwebezustand, der aus der Ungewißheit entspringt, ob der beklagte Besitzer seine Verwendungen ersetzt bekommen würde, beendigen. Darum soll der Beklagte berechtigt sein, den Eigentümer unter Angabe des Ersatzbetrages aufzufordern, sich binnen einer bestimmten angemessenen Frist darüber zu erklären, ob er die Verwendungen genehmige oder nicht.[3]) Nach Ablauf dieser Frist soll der Besitzer berechtigt sein, Befriedigung aus der Sache zu suchen, nach den Vorschriften über den Pfandverkauf und bei einem Grundstücke nach den Vorschriften über die Immobiliarzwangsvollstreckung, immer wenn die Genehmigung nicht rechtzeitig erfolgt ist.[4])

Bemerkenswert ist schließlich noch, daß der Besitzer nach dem B.G.B., nicht wie nach preußischem Recht, einen Lösungsanspruch hat, d. h. den Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises, den er einem unverdächtigen Veräußerer bezahlt hat, weil, wenn er redlich war, der Eigentumserwerb für ihn ungeheuer erleichtert ist.[5])

Neben die Vindikationsklage stellt sich als zweiter Eigentumsanspruch der negatorische § 1004, wegen einer Beeinträchtigung des Eigentümers, die in anderer Weise als durch Vorenthaltung des Besitzes geschieht.[6]) Dazu gehören die bekannten Fälle der Immission

---

[1]) Eine Ausschlußfrist vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 48 Nr. 37 S. 169.

[2]) Bürg. R. Bd. 3, 2. Aufl., S. 363 § 123: In der Tat ist der Grundsatz: Quieta non movere hier mißachtet worden.

[3]) Wenn der Eigentümer noch schwankt, ob sich die Vindikation wegen der drohenden Verwendungsansprüche für ihn lohne, so wird er durch ein Seitenstück der provocatio ad agendum aus seiner Unschlüssigkeit aufgestachelt. Es streift dies an eine Abschwächung des Eigentumsrechtes zu Gunsten ungeduldiger Besitzer fremder Sachen, die wissen wollen, woran sie sind.

[4]) Da die bei solchen Veräußerungen erzielten Preise nicht glänzend zu sein pflegen, so wird der Eigentümer aus Furcht vor ihnen sich wohl oder übel schlüssig zu machen suchen.

[5]) Vgl. hierzu oben S. 127 Anm. 1 und über einen Anklang an den Gedanken des Lösungsanspruches in § 999 oben S. 179 Anm. 1.

[6]) Die besonderen Vorschriften über die Nebenansprüche der rei vindicatio sind bei diesen geringeren Eigentumsstörungen unanwendbar, daher das oben über Besitzstörungen Gesagte (S. 41 Anm. 3) hier nicht paßt.

durch Vermittelung von Luft, Rauch, Wasser, Grenzüberschreitung durch Vieh, Anmaßung einer Grunddienstbarkeit u. s. w.[1]) Aber diese Beeinträchtigungen müssen auch tatsächlich geschehen sein. § 1004 sagt: „Wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer u. s. w." Es muß also eine Beeinträchtigung vorliegen, und eine bloß wörtliche Prätension, z. B. eines Veräußerungsverbots, das ein anderer in Anspruch nimmt, würde die negatorische Klage noch nicht begründen.[2])

Das Ziel der Klage ist die Verurteilung des Beklagten zur Beseitigung der Beeinträchtigung,[3]) und wenn eine Wiederholung solcher Beeinträchtigungen zu erwarten ist, auch zur Unterlassung.[4]) Aber eines von beiden muß der Kläger erstreben. Schadensersatz kann er nicht verlangen, was nach gemeinem Recht streitig ist; denn Schadensersatz gibt das B.G.B. nicht bei dinglichen und possessorischen Klagen, sondern nur bei persönlichen Klagen aus unerlaubten Handlungen.[5]) Hat also der Beklagte Schafe auf meine Weide getrieben, die dort gefressen haben, so kann ich nur Beseitigung der Beeinträchtigung, wenn

[1]) Eine sehr weitgehende Ausdehnung des Störungsbegriffes durch das R.G. Entsch. Bd. 47 Nr. 37 S. 162 ff. ist schon oben erwähnt, Bd. 1 S. 487 Anm. 1. Über die Beziehung des § 1004 zu Art. 181 E.G. vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 46 Nr. 36 S. 145.

[2]) Hingegen läßt sich über das Wort „Beeinträchtigung" alles sagen, was oben S. 655 Anm. 2 über „Störung" gesagt worden ist. Hiermit hängt die Streitfrage zusammen, ob auf Unterlassungen nur geklagt werden kann, wenn das Eigentum bereits beeinträchtigt war, vgl. Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 389 ff., 393 ff. und gegen ihn Biermann, Anm. 3 b zu § 1004. Eine Beziehung des § 1004 auf die Widerspruchsklage des § 771 C.P.O. vgl. in den Entsch. d. R.G. Bd. 54 Nr. 13 S. 47.

[3]) die aber, wie das Reichsgericht hervorhebt, Entsch. Bd. 51 Nr. 94 S. 411, keineswegs in allen Fällen als Schadensersatz aufzufassen ist.

[4]) Analog auf andere „illoyale Handlungen" bezogen vom R.G. Entsch. Bd. 48 Nr. 29 S. 116, vgl. oben Bd. 1 S. 218 Anm. 1 (quasinegatorische Klage).

[5]) Zum Verständnisse dieser Abweichung vom römischen Rechte ist zu beachten, daß die weitgreifende Deliktsklage des § 823 dem römischen Rechte noch nicht bekannt war. So mußte es denn mit Nebenansprüchen helfen, wo wir den Schadensersatzanspruch aus § 823 mit dem dinglichen Hauptanspruche nach den Regeln des Prozeßrechts verbinden können. Übrigens ist das im Text Gesagte vom Reichsgericht bestätigt (Entsch. Bd. 45 Nr. 76 S. 299), aber nicht unbedingt anerkannt. Dagegen Endemann, 7. Aufl., III § 91 S. 360 und gegen ihn Biermann, Anm. 3 c zu § 1004. Endemann will sogar bei unverschuldeten Immissionen haften lassen, weil dies dem bisher geltenden Rechte entsprach. Ich halte dies für bedenklich.

sie fortdauert, unter Umständen auch Unterlassung für die Zukunft, verlangen. Den Schadensersatz muß ich mit einer besonderen Klage aus der unerlaubten Handlung[1]) zu erreichen suchen.

Bemerkenswert ist, daß auch diese negatorische Klage aus § 1004 nicht Feststellung des Eigentums zum Ziele hat, so wenig wie die rei vindicatio. Wer diese wünscht, weil der Beklagte ihm auch das Eigentum bestreitet, der mag mit seiner actio negatoria zugleich eine Feststellungsklage erheben, sonst erreicht er keine rechtskräftige Entscheidung für sein Eigentum.

Eine Passivlegitimation liegt nach dem Zwecke der Klage nicht allein gegenüber dem Urheber der Beeinträchtigung vor, sondern — wie man in der Praxis sagt — auch gegen denjenigen, dessen Willen die Beeinträchtigung aufrecht erhält. Vgl. die Entscheidung des Reichsgerichts in Seufferts Archiv Bd. 48 Nr. 247. Der Verpächter, der einen Teil seines Grundstückes zum Bau einer Dampfdrescherei verpachtet hat, wird, wenn der Pächter durch diese Dampfdrescherei den Grundnachbarn beeinträchtigt, sich ebenfalls belangen lassen müssen. Er hat zwar die Dampfdrescherei nicht eingerichtet, aber sie wird doch mit seinem Willen gestattet und von ihm aufrecht erhalten.

Die actio negatoria wird in der neuen C.P.O. durch Einführung einer nominatio auctoris ergänzt. § 77 lautet: „Ist von dem Eigentümer einer Sache oder demjenigen, dem ein Recht an einer Sache zusteht, wegen einer Beeinträchtigung des Eigentums oder seines Rechts Klage auf Beseitigung der Beeinträchtigung oder auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen erhoben, so finden die Vorschriften des § 76 (nominatio auctoris) entsprechende Anwendung, sofern der Beklagte die Beeinträchtigung in Ausübung des Rechts eines Dritten[2]) vorgenommen zu haben behauptet." Also kann z. B. der Gutsinspektor den Gutsbesitzer, in dessen Auftrage er die Beeinträchtigung des Grundnachbarn vorgenommen hat, als Auktor[3]) nominieren.

[1]) bei der jedoch eine Klageverbindung möglich ist.

[2]) Gemeint war wohl „zum ausschließlichen Besten eines Dritten".

[3]) Auktor heißt hier: Inhaber eines von einem andern ausgeübten (wirklichen oder angeblichen) Rechts. In Iherings Redeweise könnte man ihn das fremde „Zweckſubjekt" der Eigentumsstörung nennen. Auch auf den durch eine absichtliche Rechtswidrigkeit ohne Auftrag begünstigten Geschäftsherrn läßt sich hier der Begriff des auctor ausdehnen, obwohl auf ihn der Wortlaut des Gesetzes nicht paßt.

3. § 1005 enthält eine dritte Eigentumsklage, ein Analogon der Besitzklage, aus § 867.

Wie § 867 in modernisierter Weise ein verallgemeinertes interdictum de glande legenda gibt, wonach der Besitzer die aus seiner Gewalt entkommene Sache auf ein fremdes Grundstück verfolgen und Duldung dieser Verfolgung verlangen kann, so kann hier der Eigentümer das Gleiche verlangen, ohne daß er im Besitz gewesen zu sein braucht.[1]) Da aber diese Klage des Eigentümers eine petitorische ist, so folgt daraus die weitere Verschiedenheit, daß sich der Kläger auch Einreden aus dem Recht des Beklagten gefallen lassen muß, während das bei der Klage aus § 867 nicht zutraf.[2])

Die bisher erwähnten drei Eigentumsklagen erfahren eine große Veränderung durch die Beweisvermutung des B.G.B. Denn wie bei einem Grundstück die Eintragung des Eigentümers in das Grundbuch bekanntlich den Beweis seines Eigentums ersetzt, so leistet dies bei beweglichen Sachen der Besitz. So § 1006 nach Analogie des alten deutschen und des französischen Rechts, wonach der Besitz eine Präsumtion für das Eigentum begründet.[3])

Zu Gunsten des Besitzers einer beweglichen Sache wird vermutet, daß er Eigentümer sei. Dies kommt zunächst dem gegenwärtigen Besitzer zugute, also bei einer Vindikation dem Beklagten. Man fand es aber ungerecht, daß nach dem bisherigen Recht der Vindikant nur den einstmaligen Erwerb des Eigentums, auf Grund dessen er klagt, zu beweisen braucht und dann abwarten kann, ob der Beklagte das spätere Wiedererlöschen des klägerischen Eigentums zu beweisen vermag. Danach könnte ja z. B. jemand, der selber an den Erblasser eine Sache verkauft und tradiert hatte, diese Sache ein paar Tage darauf, wenn der Erblasser gestorben ist, vom Erben vindizieren. Wenn der Erbe nicht zufällig weiß, in welcher Weise sein Erblasser die Sache vom Kläger erworben hatte, so wird er im Prozeß unterliegen, weil es ja dem Kläger nicht schwer fällt, sein einstmaliges Eigentum zu beweisen, und dem Beklagten der Besitz, den er vom Erblasser überkommen hat, nichts nützt. Zur Vermeidung dieser Konsequenzen soll nunmehr der Beklagte sein Eigentum durch Berufung auf seinen Besitz

[1]) Dies ist der Hauptunterschied der Klage aus § 1005 von derjenigen des § 867. Sie umfaßt daher auch das interdictum de thesauro.

[2]) Vgl. oben S. 659 Anm. 2, die nach der vorigen Anmerkung einzuschränken ist.

[3]) Über das römische Recht vgl. oben S. 159 Anm. 3.

dartun und dann abwarten können, ob der Kläger diese, den Beklagten schützende Vermutung entkräftet. Insoweit enthält der hier aufgestellte Satz eine Verstärkung der Position des Beklagten.[1])

Aber von der anderen Seite kann der Kläger diese Vermutung widerlegen, wie jede Beweisvermutung. Er kann den aus dem Besitz folgenden Schein des Eigentums als trügerisch aufweisen, er kann dartun, daß der Beklagte nur Leihbesitz habe, oder er kann nachweisen, daß der Beklagte a non domino unredlich erworben habe und also nicht Eigentümer geworden sei. Dann aber — das ist der Hauptpunkt — gilt die Vermutung nach den weiteren Worten des § 1006 auch nur bei Geld und Inhaberpapieren unbedingt, dagegen bei allen anderen Sachen gilt sie nicht einem solchen früheren Besitzer gegenüber, dem sie gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen waren. Also kann der Kläger hiernach jede Vermutung auch durch diesen zweiten Beweis, durch den Beweis seines unfreiwilligen Besitzverlustes, entkräften. Die ratio davon ist: weil durch unfreiwilligen Besitzverlust der Kläger niemals einen Eigentumsverlust erlitten haben kann, so kann auch der Beklagte nicht durch redlichen Erwerb Eigentümer geworden sein. Außerdem aber kommt nun, sobald die Vermutung für das Eigentum des gegenwärtigen Besitzers, des Beklagten, gebrochen und überwunden ist, nach § 1006 Abs. 2 dem Kläger eine weitere Vermutung zugute, nämlich die, daß der frühere Besitzer während seiner Besitzzeit Eigentümer geworden sei. Also braucht der Kläger, wenn er einmal die Vermutung, die zu Gunsten des Beklagten sprach, zerstört hat, seine Eigentumserwerbsarten nicht erst aufzudecken und nachzuweisen.

Das ist alles von der probatio diabolica des gemeinen Rechts absolut verschieden.

So bringt diese zweite Vermutung eine außerordentliche Erleichterung der Position des Klägers mit sich. Hat er den für den Beklagten sprechenden Schein als trügerisch nachgewiesen, so nützt ihm der Abs. 2 in der denkbar stärksten Weise. Diese Vermutung gilt nach § 1006 Abs. 3 bei der Trennung von unmittelbarem und mittelbarem Besitze natürlich zu Gunsten des mittelbaren Besitzers. Der Verpfänder, der Hinterleger u. s. w. sind z. B. mittelbare Besitzer und werden daher

[1]) Gegen eine abweichende Ansicht Lehmanns (Enneccerus und Lehmann II. 2. Aufl. § 67 S. 198), der sich auf Eccius, preußisches Privatrecht Bd. 3 S. 180 Anm. 26 beruft, vgl. Biermann S. 211 und die Denkschrift S. 136.

als Eigentümer präsumiert. Sie können also ihren Eigentumsbeweis gegenüber dem Vindikationsbeklagten führen, indem sie den Pfandschein oder den Depotschein vorlegen. Damit weisen sie sich als ordentliche Besitzer aus, und dann wird präsumiert, daß sie während der Dauer ihres mittelbaren Besitzes Eigentümer der Sache gewesen seien.

Die Vermutung kann aber auch vom Beklagten widerlegt werden durch den Nachweis, daß der Kläger zur Zeit seines unfreiwilligen Besitzverlustes in Wahrheit nicht Eigentümer war, oder daß der Kläger doch nachträglich das Eigentum verloren hat. Natürlich. Wie der Kläger die zu Gunsten des Beklagten sprechende praesumtio pro possessore entkräften kann, so kann der Beklagte hier wiederum die zu Gunsten des Klägers sprechende praesumtio pro possessore pristino oder priori entkräften, wenn er dartut, daß der Kläger z. B. sein Eigentum, wenn er es auch zur Zeit seines Besitzes hatte, wieder verloren hat etwa durch Ersitzung des Beklagten oder durch Verbindung der Sache mit einer Sache des Beklagten, oder dadurch, daß die Sache des Klägers öffentlich versteigert worden ist und der Beklagte sie in der öffentlichen Versteigerung erworben hat u. s. w.

Im Ergebnis ist hiermit die Eigentumsklage nicht mehr sowohl auf das Eigentum selber gestützt, als vielmehr auf dessen äußeres Abbild, auf den Besitz. Oder wie Crome es in seiner Abhandlung: „Natur der Miete nach dem B.G.B.,“[1]) ausdrückt: „Es kommt weniger darauf an, wie der Kläger erworben hatte, wenn er klagt, als vielmehr darauf, wie er den Besitz verloren hat, weil aus dem Besitz immer auf das Recht geschlossen wird.“ Bei freiwilligem Besitzverlust gibt es eine Eigentumsklage gegen Dritte überhaupt nur noch, wenn diese bösgläubig sind, aber gegen gutgläubige Erwerber nicht mehr. Wo der klagende Eigentümer seinen guten Glauben gelassen hat, mag er ihn suchen. Dafür gilt um so mehr die Eigentumsklage des Besitzers bei unfreiwilligem Besitzverlust; denn dieser genügt zur Begründung der Klage, die trotzdem eine petitorische bleibt. Nur bei Geld und Inhaberpapieren genügt selbst der unfreiwillige Besitzverlust nicht, sondern nur bösgläubiger Erwerb des Verklagten.

Beispiele: Einem Studenten ist in der Universität sein Paletot gestohlen worden, und als Besitzer des Paletots wird der Trödler N. N. ermittelt. Hier spricht zunächst die Eigentumsvermutung für den be-

[1]) Jahrbuch für Dogmatik Bd. 37 S. 1 ff.

klagten Besitzer. Aber diese kann der klagende Student überwinden durch den Beweis, entweder, daß der Beklagte unredlich erworben habe, z. B. von einem Mann ohne Legitimation, gegen dessen Verfügungsbefugnis er Bedenken hegen mußte, oder dadurch, daß der Kläger beweist, er habe seinen Besitz unfreiwillig verloren. Wenn der Kläger diesen Beweis geführt hat, dann wird ohne weiteres wegen seines früheren Besitzes vermutet, daß er damals Eigentümer gewesen sei. Dann ist seine Klage damit begründet. Natürlich kann dieses aus dem früheren Besitz gefolgerte Eigentum des Klägers widerlegt werden, z. B. wenn der Beklagte dartut, daß der Kläger den Paletot sich aus einem Verleihinstitut gemietet hatte. Dann ist die Eigentumsvermutung, die für den Kläger sprach, wiederum entkräftet. Eine ausreichende Verteidigung kann auch dadurch erzielt werden, daß der Beklagte etwa selber die Sache nachträglich zu Eigentum erworben hat; wenn er sie auch nicht durch Kauf oder Tradition erlangte, sondern dadurch, daß er sie spezifiziert hat. Er hat z. B. aus dem Paletot eine ganz neue Sache gemacht, etwa eine Damentaille oder ein Jackett. Dann ist durch die Spezifikation das Eigentum des Klägers erloschen, und damit auch die Eigentumspräsumtion zerstört. Befand sich in dem Paletot des Studenten ein Inhaberpapier, das mitentwendet wurde, und wird das Inhaberpapier im Besitze eines Bankiers ermittelt, so haben wir zunächst wiederum die Eigentumspräsumtion für den Bankier. Diese ist aber hier durch den unfreiwilligen Besitzverlust des Klägers nicht zu überwinden; sondern nur durch den Nachweis, daß der Beklagte unredlich oder in grob fahrlässiger Weise erworben hat. Freilich wird auch hier der Kläger sein Eigentum nachweisen müssen. Das kann er aber durch die Vermutung, die aus seinem früheren Besitz folgt. Diesen früheren Besitz muß er aber an dem bestimmten Stücke nachweisen, was bekanntlich unter Umständen sehr schwierig ist. Kann die Nummer nicht fixiert werden, so wird es mit dem Identitätsbeweis schwach aussehen.

Ist ein Paletot von einem Studenten versetzt und vom Pfandbesitzer veruntreut und einem Trödler verkauft worden, bei dem er ermittelt wird, so ist die Eigentumsklage, weil hier der Besitzverlust kein unfreiwilliger war, der Student ihn vielmehr aus der Hand gegeben hat, nur bei unredlichem Erwerb des Trödlers zu begründen.[1]) Kann

[1]) Ebenso Gierke, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzers S. 25 Anm. 13 und Biermann, Anm. 1 zu § 1006, der bemerkt: „Der Begriff des Abhandenkommens

aber der Kläger diesen unredlichen Erwerb dartun, so wird sein Eigentum wegen seines mittelbaren Besitzes vermutet. Da er den Pfandschein hat, so ist damit dargetan, daß er mittelbarer Besitzer war, und auch diesem kommt die Präsumtion zugute. Wenn der Paletot aber dem Leihhausbesitzer gestohlen wurde und von dem Dieb an einen Trödler verkauft worden ist, so könnte der Student wieder die Eigentumsvermutung für den beklagten Besitzer mit dem Beweis überwinden, daß er seinen mittelbaren Besitz unfreiwillig verloren hatte, und sein eigenes Eigentum damit dartun.

Es bleibt noch die Möglichkeit, daß der Kläger Eigentum für sich behauptet, ohne doch jemals Besitz gehabt zu haben. Die Fälle sind gar nicht so selten, als man im ersten Augenblick denkt. Es erwirbt z. B. der Grundeigentümer die Hälfte an dem gefundenen Schatz ohne allen Besitz. Ihm kommt die Präsumtion nicht zugute. Ferner fällt das Eigentum an Früchten, die von einem beliebigen Dritten unbefugterweise abgetrennt werden, an den Eigentümer der Mutterſache.[1]) Wenn von einem Baum des Nachbarn Früchte auf mein Grundstück herüberfallen, so werden diese mein Eigentum, obwohl ich niemals Besitz daran gehabt habe.[2])

Diese Fälle ließen sich leicht vermehren. Wenn bei ihnen die Eigentumsklage angestellt wird, so muß der Kläger zunächst die Eigentumsvermutung, die dem Beklagten zur Seite steht, aus Abs. 1 überwinden, z. B. nachweisen, daß der Beklagte unberechtigterweise sich die Sache des Klägers angeeignet hat, daß der Entdecker den ganzen Schatz, auch die dem Kläger gehörende Hälfte, an sich genommen hat, oder daß der Beklagte die Früchte unbefugterweise gepflückt hat. Wenn der Kläger die Eigentumsvermutung, die den Beklagten schützt, überwunden hat, muß dieser die Entstehung seines Eigentums nach allen Regeln der Kunst beweisen, also die Eigentumserwerbsart, auf die er sich beruft, aufdecken und auch nachweisen.[3])

ist hier kein anderer, als in § 935." Es würde sonst in der Tat das B.G.B. die von ihm anerkannte Regel: „Hand muß Hand wahren", bei der Eigentumsvermutung unbegreiflicherweise vorbeugen oder doch mindestens abschwächen. A. M. Endemann, 7. Aufl. Bd. II § 41 Anm. 7 S. 168.

[1]) Hier läßt sich zweifeln, ob nicht der frühere Besitz der Mutterſache nach § 1006 für den Eigentümer spricht, da die Frucht als losgelöster Teil gilt. Vgl. oben S. 135.

[2]) Auch hierfür gilt das in der vorigen Anmerkung gesagte.

[3]) Insoweit dabei das Eigentum an der Mutterſache mitspricht, kommt dem Kläger für dieses m. E. der § 1006 zugute.

Neben den Eigentumsklagen stellt § 1007 in Anwendung auf bewegliche Sachen noch eine neue dingliche Klage auf, nicht aus Eigentum, sondern aus früherem besseren Besitz; sie steht zwar unter der Überschrift: „Ansprüche aus dem Eigentum", paßt aber darunter nicht. Die Überschrift ist nur a potiori richtig.

In § 1007 geht der vierte Titel weit über den Rahmen der Eigentumsansprüche hinaus.[1])

Sie enthält eine Anlehnung an das ältere deutsche Recht und greift noch erheblich weiter als die römische actio Publiciana![2]) denn diese erfordert titulierten und zur Ersitzung geeigneten Besitz.[3])

Im gemeinen Recht hat sich nun das ältere deutsche Recht der actio Publiciana gegenüber nicht behaupten können, sondern ist insbesondere in unserm Jahrhundert ganz aus der Praxis verdrängt worden. Im preußischen Landrecht dagegen hat sich die Klage aus älterem Besitz in I, 7 § 161 erhalten und kommt durch das B.G.B. zu Ehren.

§ 1007 Abs. 1 lautet: „Wer eine bewegliche Sache in Besitz gehabt hat, kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen, wenn dieser bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben war." Diese Klage — das ist von vornherein stark zu betonen — hat hiernach nicht nur der frühere Eigenbesitzer, sondern auch ein Nießbraucher und ein Pfandbesitzer, ja noch mehr, auch ein Mieter, Entleiher, Verwahrer, Finder. Also auch Personen mit bloß obligato-

---

[1]) Dies gilt für den Klagegrund, der auch Fremdbesitz umfaßt und für die Unempfindlichkeit gegen die Einrede des Eigentums eines Dritten. Dagegen gilt das im Texte gesagte nicht in jeder Hinsicht, vielmehr bleibt der Umfang der Klage aus § 1007 hinter dem Umfange der Eigentumsklage in gewisser Hinsicht zurück, weil die Klage des § 1007 a) das ohne Besitz erworbene Eigentum überhaupt nicht schützt und b) Grundstücke nicht betrifft. Die Anwendbarkeit des § 1007 auf Grundstücke wäre überhaupt nur denkbar, soweit nicht die Eintragungen des Grundbuchs ihr entgegenstehen. Das B.G.B. vermeidet sie gänzlich; c) die Klage des § 1007 hat keine negatorische Funktion. In dieser Hinsicht hielt man wohl die Besitzstörungsklage für genügend.

[2]) Mit der sie jedoch das Erfordernis der Gutgläubigkeit des klägerischen Besitzes teilt.

[3]) Der Ersitzungsbesitz bedarf wohl als solcher des früheren Schutzes heutzutage nicht mehr so, wie früher, seitdem er schon bei bloßer mala fides superveniens die Kraft verloren hat, zum Eigentum zu erstarken. Dadurch erklärt sich der Wegfall der Publiciana. Das Bedürfnis ihrer Gewährung ist dem Empfinden der neueren Zeit entschwunden.

rischen Rechten verlangen hier kraft ihres Besitzes dinglichen Schutz, vorausgesetzt nur, daß der Besitz ein gutgläubiger war.[1]) Das letztere Erfordernis erscheint freilich wieder nach der Sprachweise des B.G.B. nicht im Haupttatbestand, sondern nur als Ausnahme nach § 1007 Abs. 3. Nur deswegen, weil der Gegner den guten Glauben besonders zu widerlegen hat, wird dessen Erwähnung erst in der Ausnahmevorschrift vorgebracht. Die Klage ist also eine Besitzrechtsklage, so nennt sie Gierke.[2]) Sie entspringt aus einem reinen Besitze, aber doch nur aus einer bonae fidei possessio[3]) und unterscheidet sich dadurch sehr fühlbar von der Besitzklage.[4]) Besitz, nichts als redlicher Besitz und dessen Verletzung in bestimmter Form[5]) wird gefordert.

---

[1]) Darin liegt eine gewisse Inkonsequenz, die es erklärt, warum die von Crome Jahrb. f. Dogmatik Bd. 37 S. 1 ff. widerlegte Meinung, daß die Miete dinglich sei, entstanden ist.

[2]) Fahrnisbesitz S. 22 ff. Da man die Klagen nicht nach den bei ihnen zulässigen Einreden zu benennen pflegt, so ist auch diese Benennung bedenklich. M. E. ist die Klage aus § 1007 die germanistische Besitzklage im Gegensatze zu den romanistischen Besitzklagen der §§ 861, 862. Die deutsche Gesetzgebung hatte nicht die Kraft, im Gebiete des Besitzschutzes die Gedanken der beiden Zweige der deutschen Rechtswissenschaft zu einer Einheit zu verschmelzen. Infolge dessen ist der Besitzschutz in einen verworrenen Zustand geraten, den ein schlichter Mann aus dem Volke niemals begreifen wird.

[3]) In diesem Punkte hat in der Tat die germanistische Klage die Eierschalen der römischen actio Publiciana nicht abzustreifen vermocht.

[4]) Wenn erst einmal der Nachweis der Rechte an der Sache dem Beklagten gewährt wird, so lag es vielleicht nahe, ihm auch den Nachweis der Bösgläubigkeit zu gestatten. Freilich erscheint diese unter Umständen wie eine exceptio de jure tertii. Das geltende Recht hat die sonderbare Folge, civilrechtlich zum Diebstahl an solchen Sachen zu ermutigen, die sich im bösgläubigen Besitze eines andern befinden; denn der Beklagte kann aus § 1007 nicht klagen. Allerdings hat er die Besitzentziehungsklage (ob er die Deliktsklage hat, ist bekanntlich bestritten, Bd. 1 S. 601 Anm. 1); spielt aber der Dieb die Sache in die Hand eines Dritten hinüber, dem man seine Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit des Besitzes nicht nachweisen kann, so ist die Sache auch gegenüber der Besitzentziehungsklage geborgen. Durch diese Beschränkung des § 1007 auf gutgläubige Besitzer wird also gewissermaßen ein Erisapfel in die Verbrechergilde geworfen. Ihre Mitglieder werden gegeneinandergehetzt; ein Ergebnis, das vom kriminalpolitischen Standpunkt ebenso seine Licht- wie seine Schattenseiten hat.

[5]) § 1007 betrifft nur Besitzentziehungen, nicht einfache Störungen, die bei beweglichen Sachen überhaupt eine geringe Rolle spielen. De lege ferenda würde aber m. E. ihrer Ausdehnung nach dieser Seite hin nichts im Wege stehen.

Natürlich umfaßt auch diese Klage nicht bloß den unmittelbaren, sondern auch den mittelbaren Besitz. Das ist freilich wieder nicht ausgesprochen.

Erforderlich ist außer dem Besitz, den der Kläger gehabt haben muß, daß zur Zeit der Klage der Beklagte den Besitz habe, und zwar einen schlechteren Besitz, als der frühere des Klägers ist. Schlechter aber ist der Besitz des Beklagten nach § 1007 Abs. 1 und 2 nicht bloß

1. dann, wenn der Beklagte beim Erwerb nicht in gutem Glauben war (Abs. 1), sondern

2. sogar trotz des guten Glaubens des Beklagten, wenn der Kläger den Besitz unfreiwillig verloren hat. Nur bei Geld und Inhaberpapieren ist der unfreiwillige Besitzverlust des Klägers kein Klagegrund für ihn.

Eine Passivlegitimation ist hier wieder nicht bloß gegenüber dem unmittelbaren, sondern auch dem mittelbaren Besitzer vorhanden. Diese Entscheidung ist hier, obwohl sie von Wendt und anderen bestritten wird, noch viel unentbehrlicher als bei der Passivlegitimation zur rei vindicatio.[1]) Wenn aus früherem Besitz geklagt wird, so würde dem mittelbaren Besitzer gegenüber nicht einmal eine Feststellungsklage für den fehlenden Herausgabeanspruch einen Ersatz bieten, denn ein früherer Besitz kann doch nicht als ein gegenwärtiger festgestellt werden. Also ist für die Klage ganz unerläßlich, daß auch der mittelbare Besitzer passiv legitimiert sei.

Der Beweis, daß der Beklagte nicht in gutem Glauben war, ist natürlich dahin zu richten, daß er entweder wußte, oder grob fahrlässig erkannte, daß er kein Recht auf den Besitz habe. Jedenfalls ist der Gegenstand dieses Beweises sehr mannigfach, sobald der Beklagte sich eine Sache aneignet. Nicht bloß, wenn er ein Dieb ist, sondern auch, wenn er als Eigentümer dem Pfandbesitzer das Pfandstück wegnimmt, weil er behauptet, die Schuld sei getilgt, wenn jemand unberechtigt gepfändet oder vom Nichteigentümer erwirbt ohne dessen Befugnis zu prüfen, so haben wir immer Fälle, in denen leicht dargetan werden kann, daß der Beklagte nicht in gutem Glauben war. Noch leichter aber ist der Beweis, den Absatz 2 verlangt, daß der Besitz dem Kläger unfreiwillig verloren gegangen sei und jetzt sich beim Beklagten befinde.[2])

---

[1]) Vgl. oben S. 160.

[2]) Nur in diesem Falle nicht, bei der Begründung der Klage durch Böswilligkeit des Gegners ist eine nominatio auctoris möglich, vgl. Biermann, Anm. 4 zu § 1007 und die dort Genannten.

Mit dieser neuen dinglichen Klage kann hiernach z. B. auch ein Student, der aus der königlichen Bibliothek ein Buch entliehen hat und es in der Droschke hat liegen lassen, gegen einen Dritten, bei dem sich das Buch findet, vorgehen, obwohl er nur Kommodatar oder Leihbesitzer war. Auch der Finder, dem die gefundene Sache abhanden gekommen ist, oder der Verwahrer, dem die verwahrte Sache entwendet wird, sie alle haben diese dingliche Klage.

Aber diesem leicht erreichbaren Anspruch stehen zahlreiche Verteidigungsmittel gegenüber.

Zunächst sind diejenigen zu erwähnen, welche dem Beklagten zustehen, gleichviel, ob der Kläger seine Klage auf bösen Glauben gestützt hat oder auf seinen unfreiwilligen Besitzverlust:

a) Absatz 3 verweist am Schlusse auf die Vorschriften der §§ 986 bis 1003. Darin steckt außerordentlich viel.

Die Verweisung auf § 986 gewährt dem Beklagten alle Einreden, die wir schon als gegen die Vindikation zuständig kennen gelernt haben,[1]) also die Einreden aus dem Recht zum Besitze.

b) der Beklagte hat nach demselben Absatz 3 die Einwendung, daß der Kläger bei dem Erwerbe des Besitzes nicht in gutem Glauben gewesen sei.[2])

c) Ferner hat er auch noch die Einwendung, daß der Kläger selber seinen Besitz aufgegeben habe.[3])

---

[1]) Nicht aber den Einwand des Eigentums eines Dritten. Dieser zerstört nur bei der Eigentumsklage den Klagegrund, nicht bei einer Klage aus dem Besitze.

[2]) Der Anspruch ist in diesem Falle „ausgeschlossen", also ficht die Einwendung den rechtlichen Klagegrund, d. i. das Dasein des Klageanspruchs an, aber nicht die zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Klagebehauptungen. Folglich liegt keine bloße Verneinung der Klage vor, sondern ein Einwand, den der Beklagte beweisen muß, wenn auch keine bloße Einrede, d. h. kein bloßes Leistungsweigerungsrecht

[3]) Es ist zweifelhaft, wie sich die Begriffe: „Besitzaufgabe" und „Abhandenkommen" zu einander verhalten. Vgl. Literatur bei Biermann, S. 213 Anm. 26 zu § 1007. Es liegt zunächst nahe, anzunehmen, daß die Redeweise hier dieselbe ist, wie in den §§ 934 ff. (Hand muß Hand wahren). Dies scheint auch nach dem Texte Ecks Meinung zu sein. Hiernach wäre „Besitzaufgabe" die Negation des „Abhandenkommens", und das „Abhandenkommen" die Negation der „Besitzaufgabe". Eine Einrede (oder richtiger ein Einwand) der Besitzaufgabe wäre nach dieser Ansicht dann unmöglich, wenn der Kläger seine Klage auf das Abhandenkommen nach § 1007 Abs. 2 gestützt hat; denn dann ist die Behauptung der Besitzaufgabe nur eine Verneinung der Klagetatsachen. (Vgl. hierzu die bei Biermann,

Diese drei Verteidigungsmittel stehen nicht bloß dem gutgläubigen, sondern auch dem böswilligen Besitzer zu, denn es ist ja keinerlei Bedingung für sie statuiert. Z. B. ein Bankier klagt, weil ihm ein Inhaberpapier gestohlen und vom Beklagten bösgläubig erworben sei. Damit ist seine Klage aus § 1007 substanziiert. Jetzt wendet der Beklagte ein, der Kläger habe selber das Inhaberpapier grob fahrlässig erworben. Dann wird er mit der Einrede durchdringen. Der Gedanke ist, daß des Beklagten Recht, da er fahrlässig und bösgläubig erworben hat, freilich nicht besser als das des Klägers ist, aber doch auch nicht schlechter, und in pari causa potior possidens.[1]) Das folgt einfach aus dem argumentum a contrario, weil für Einreden ein gutgläubiger Besitz des Beklagten nicht erforderlich ist.

Bei Aufgabe des Besitzes durch den Kläger verliert dieser, wie erwähnt, seine Klage aus § 1007; denn durch die freiwillige Aufgabe des Besitzes hat er selber die Grundlage seines Anspruches zerstört und damit dem Beklagten eine Einrede verschafft.[2])

§ 1007 Abs. 2 gibt noch zwei Verteidigungsmittel, die nur gegen den auf unfreiwilligen Verlust gestützten dinglichen Anspruch des Klägers

---

Anm. 3 e zu § 1007 Genannten.) Anders wenn die Klage nach Absatz 1 lediglich auf früheren Besitz des Klägers und bösen Glauben des Beklagten begründet ist. Dann hat § 1007 Abs. 3 einen Sinn, und die Beweislast fällt nur dann dem Beklagten zu. Hiernach wäre Abs. 3, insoweit er von einer Besitzaufgabe spricht, lediglich auf Abs 1 zu beziehen, nicht auf Abs. 2. Dies scheint Ecks Meinung zu sein, der sich der Herausgeber anschließt. — Es gibt aber noch eine andere Auslegung der Vorschrift (vgl. Biermann a. a. O. und die dort Genannten). Nach ihr ist „Besitzaufgabe" etwas ganz anderes im Sinne des § 1007, als im Sinne des § 935 und des § 1006. (So ausdrücklich Biermann.) Es handelt sich praktisch um den Fall, daß jemand z. B. sein Buch verborgt hat, worauf es gestohlen ist. Kann er es nach § 1007 dem gutgläubigen Besitzer abverlangen? Biermann bejaht dies; das Verborgen soll nach seiner Meinung keine Besitzaufgabe im Sinne des § 1007 sein (nur im Sinne der §§ 935 und 1006). Das Gegenteil mag hart sein, aber ist doch folgerichtig. Die Härte erklärt sich m. E. daraus, daß überhaupt die Regel „Hand muß Hand wahren" lediglich ein Überrest einer älteren strengeren Kulturstufe ist. Da wir die Regel nun einmal haben, so müssen wir sie befolgen.

[1]) Immerhin wird dadurch der bösgläubig erworbene Besitz gegenüber den bösen Gelüsten Dritter vogelfrei, was leicht zum Unrecht antreiben kann und daher vom legislativpolitischen Standpunkte nicht unbedenklich ist. Vgl. oben S. 189 Anm. 4.

[2]) Es wäre dies aber nach Ecks Auffassung ein wahrer Einwand, da er das Klagerecht trifft, vgl. oben S. 191 Anm. 2.

zu richten sind. „Es sei denn, daß der Beklagte Eigentümer der Sache ist oder die Sache ihm vor der Besitzzeit des früheren Besitzers abhanden gekommen war." Also diese Einreden haben nur eine beschränkte Tragweite. Sie gelten nur gegen Klagen aus § 1007, wenn sie nicht aus Absatz 1, sondern aus Absatz 2 begründet sind.

a) Der Beklagte hat als Einrede die Behauptung, daß er selber Eigentümer sei. Das ist die römische exceptio dominii, die gegenüber der actio Publiciana galt.[1])

b) Daneben ist die Einrede erwähnt, daß er, der Beklagte selber, unfreiwillig den Besitz verloren hat, noch ehe der Kläger ihn seinerseits erworben hatte.

Wenn der Beklagte Eigentümer ist, so hat er also ein stärkeres Recht.[2]) Man setze aber z. B. folgenden Fall: Der Kläger hatte ein Pferd vom Beklagten auf acht Tage gemietet, um in der Umgegend von Berlin Spazierritte zu machen. Am zweiten Tage wirft ihn das Pferd ab. Es wird aufgefangen und dem Vermieter zurückgebracht. Der Mieter klagt auf Wiederherausgabe des Pferdes aus § 1007. Der Beklagte schützt die Einrede des Eigentums vor. Hier kann m. E. der Kläger replizieren, daß der Beklagte aus dem Mietsvertrage verpflichtet sei, ihm die Benutzung des Tieres acht Tage zu gestatten. Es muß auch gegen die exceptio dominii eine Replik aus dem obligatorischen Recht des Klägers wirksam sein, da ja auch eine exceptio aus einem solchen Rechte gegen die Klage durchgreift.[3])

[1]) So lange die Klage aus dem Besitze ausschließlich oder auch nur vielfach dazu diente, als Zwischenverfahren des Eigentumsprozesses die Parteirollen zu regeln, mußte die Eigentumsfrage vom Besitzprozesse ausgeschlossen sein. Seitdem sich dies geändert hat, hätte man dem Besitze gegenüber höchstens illiquide Eigentumseinreden ausschließen sollen. Das B.G.B. hat aber bei den possessorischen romanistischen Klagen aus dem Besitze die alte Ausschließung der Einrede aus dem Rechte grundsätzlich beibehalten, bei der germanistischen Klage aus dem gleichen Grunde sie gestrichen. Solange ferner die Besitzklage auf Schadensersatz ging, war es untunlich, sie gegen gutgläubige, unschuldige Besitzer zu richten. Seitdem sie sich aber auf Herausgabe der Sache beschränkt, steht nichts mehr dem im Wege, sie dann zu gewähren, wenn die Sachlage für ein vermutliches Recht des Klägers und gegen ein solches des im übrigen gutgläubigen Verklagten spricht.

[2]) Kann das Recht des Eigentümers zur Einrede auch auf dingliche Rechte zum Besitze, die vom Eigentümer abgeleitet sind, in entsprechender Weise ausgedehnt werden, z. B. auf einen Nießbrauch? Ich möchte dies bejahen. Ebenso Biermann, Anm. 3c zu § 1007.

[3]) Über die Zulässigkeit einer derartigen Replik gegen die Einrede des Eigentums besteht Streit, vgl. die Literatur bei Biermann, Anm. 3e zu § 1007 S. 214.

Die Einrede des früheren unfreiwilligen Besitzverlustes liegt vor, wenn der Beklagte geltend macht, er selber habe früher, als der Kläger, den Besitz der Sache verloren. Sie folgt ohne weiteres aus der ratio, daß der Beklagte seinerseits, wenn der Kläger den Besitz hätte, ihm denselben würde abfordern können, indem er mit einer Klage aus früherem Besitz vorginge. Dann muß er, auch wenn er im Besitze ist, defensiv sich auf seinen früheren Besitz und den unfreiwilligen Verlust desselben berufen können. Wenn z. B. dem Beklagten ein Hund entlaufen ist, der von einem Dritten aufgegriffen und dem Kläger verkauft wird, dann aber vom Kläger weggelaufen und zum Beklagten zurückgekehrt ist, so kann der Kläger zwar auf Grund seines früheren Besitzes aus § 1007 klagen und sich auf den unfreiwilligen Besitzverlust berufen; seine Klage ist damit begründet. Aber der Beklagte kann einwenden, daß ihm schon vor der Besitzzeit des früheren Besitzers, des jetzigen Klägers, die Sache abhanden gekommen war. Damit wird er Abweisung des Klägers erzielen.

Gegen diese Einrede des Beklagten ist auch hier eine Replik als möglich anzunehmen. Wenn der Kläger repliziert, daß der Beklagte selber den Hund nicht gutgläubig erworben habe, so hat er wiederum ein besseres Recht.

Das Ziel der Klage ist die Herausgabe der Sache. Siegt der Kläger mit diesem Anspruch, so haben wir die Erscheinung, daß der unterlegene Beklagte, der die Sache herausgibt, seinerseits nicht verhindert ist, eine Vindikationsklage zu erheben. Denn durch das Urteil auf Herausgabe ist ja über die Eigentumsfrage nicht res judicata geschaffen. Dernburg[1]) meint, daß dies unerwünscht sei. Natürlich ist es das. Zur Vermeidung dieser Möglichkeit wird der Kläger, wenn er dazu imstande ist, gut tun, mit seiner Klage aus älterem Besitz die Klage auf Feststellung des Eigentums zu verbinden.[2])

Gierke und Dernburg[3]) fügen hinzu, man müsse daran festhalten, daß auch die Klage aus § 1007 eine petitorische sei und halten deshalb

---

Planck, Bem. 3 b β S. 283 sieht in der fälschlich sog. Einrede des Eigentums eine Verneinung des Klagegrundes, doch fehlt es dieser Ansicht nicht bloß an praktischer Zweckmäßigkeit, sondern auch an gesetzlicher Begründung, vgl. gegen sie Biermann a. a. O.

[1]) Dernburg, Bürg. R., 2. Aufl., Bd. III S. 365.

[2]) Über die Zulässigkeit dieser Verbindung vgl. Biermann, Anm. 7 zu § 1007.

[3]) a. a. O. Bd. III § 124, 4 S. 365.

eine Verbindung mit der Eigentumsfeststellungsklage für statthaft. Darauf ist zu bemerken, daß die petitorische Natur hierbei bedeutungslos ist, weil die revidierte C.P.O. das frühere Verbot, die Eigentumsklage und Besitzklage zu kumulieren, aufgehoben hat. Die Verbindung würde also auch dann möglich sein, wenn die Klage aus § 1007 eine possessorische wäre.[1])

Merkwürdigerweise ist eine kürzere Verjährungsfrist für die Klage aus älterem Besitz und unfreiwilligem Besitzverlust nicht vorgeschrieben. Also dauert sie 30 Jahre. Das ist übermäßig lange.

Es ist mir z. B. vor 29 Jahren ein Ring gestohlen worden. Der Beklagte, dem vielleicht eine Reihe Erwerber des Ringes vorausgehen, mag nun zusehen, wie er eine Einrede vorschützt und beweist. Der Beklagte hat ihn vielleicht vor 8 Tagen im Nachlasse seines Erblassers gefunden. Dann kann der Beklagte sich sehr schwer im Besitze behaupten. Eine Eigentumsvermutung spricht nicht für ihn, weil mir der Besitz wider meinen Willen abhanden gekommen war. Er würde also beweisen müssen, wie sein Erblasser erworben hatte. Wenn er das nicht kann, wird er meiner Klage unterliegen.

Beschränkt ist diese Klage nur insofern, als sie nicht auch bei Grundstücken gilt, sondern nur bei Mobilien, aber da viel weiter als die römische actio Publiciana. Sie erfordert keinen titulierten Besitz, keinen Besitz cum animo domini, sie erfordert nur früheren und besseren Besitz der Sache. Die Folge dieser ungeheuren Ausdehnung wird sein, daß die Klage aus § 1007 sehr häufig mit den allerverschiedensten Klagen konkurrieren wird. Der Berechtigte mag dann wählen. Z. B. wird sie sehr häufig mit der Besitzklage auf Wiedereinräumung entzogenen Besitzes konkurrieren, sobald nur der Beklagte dem Kläger gegenüber fehlerhaft besitzt. Dann kann der Kläger eben zwischen der Besitzklage und der Besitzrechtsklage, wie Gierke sie nennt, wählen. Natürlich ist die Besitzklage immer leichter zu führen, und man kann nicht einmal sagen, was Gierke behauptet, daß der Inhalt des Urteils über eine Klage aus § 1007 für den Kläger vorteilhafter sei; denn der Inhalt des Urteils stellt ja das Recht des Klägers nicht

[1]) Auch ohne Klageverbindung wird oft ein und dieselbe Klageschrift ebenso den Vorschriften des § 985 wie denen des § 1007 genügen und daher nach beiden Vorschriften zu beurteilen sein. So verfährt z. B. das Reichsgericht Bd. 54 Nr. 21 S. 73.

fest, der Beklagte hat nur die Sache herauszugeben.[1]) Er wird also klüger tun, eine einfache possessorische Klage, z. B. ein interdictum unde vi, vorzuziehen.

Weiter kann unsre Klage auch mit der Eigentumsklage konkurrieren. Dann ist sie freilich sehr viel leichter zu begründen, als die Eigentumsklage. Pflüger[2]) behauptet, daß die ganze Eigentumsklage überflüssig geworden sei und man sie hätte abschaffen sollen. Dagegen ist auf das vorher Ausgeführte zu verweisen. Es gibt eine ganze Reihe von Fällen, wo das Eigentum ohne Besitz erworben wird, und diese Fälle würden ohne Klage sein. Für diese Fälle ist in der Tat eine Eigentumsklage durchaus notwendig.[3])

Endlich kann unsere Klage auch mit persönlichen Klagen, Deliktsklagen, Vertragsklagen u. s. w. konkurrieren. Aber sie kann mit diesen doch nur gegenüber dem Schuldner, der durch Vertrag oder Delikt zur Herausgabe verpflichtet ist, zusammentreffen. Dagegen ist Dritten gegenüber die Schuldklage nicht anwendbar, sondern nur die Besitzrechtsklage aus § 1007.[4])

---

[1]) Immerhin schneidet ein siegreiches Urteil aus § 1007 unter den Parteien in Zukunft den Streit um die Rechte aus dem Eigentum des Beklagten ab, sofern dieser sie gegen die genannte Klage einwenden konnte. Der richtigen Meinung nach ist es nicht zulässig, daß sich der Beklagte zunächst aus § 1007 verurteilen und die Sache sich abnehmen läßt, um dann sogleich diese Sache mit der Eigentumsklage zurückzufordern. Gegenüber einer Besitzklage wird man ihm ein derartiges Verhalten nicht verwehren dürfen.

[2]) Jahrb. f. Dogmatik 35 S. 451 ff.

[3]) Sie wird auch dann von Wert sein, wenn der klagelustige frühere Besitzer weiß, daß der Gegner das Eigentum eines Dritten zu behaupten beabsichtigt und er ihm Gelegenheit geben will, diese Frage durch Einrede zur Sprache zu bringen. Dies kann nur gegenüber einer Klage aus § 1006, nicht aber aus § 1007 geschehen, s. oben S. 191 Anm. 1, Biermann, Anm. 3c a. E. zu § 1007.

[4]) De lege ferenda würde es sich empfehlen, die germanistische Besitzklage mit der romanistischen für Grundstücke und bewegliche Sachen zu verschmelzen. Auf den guten Glauben des Beklagten müßte nach den Grundsätzen des § 1007 Gewicht gelegt werden. Dagegen müßten Klagen aus bösgläubigem Besitze ebenso zugelassen werden, wie negatorische Anträge und Einreden aus dinglichen Rechten des Beklagten. Gegen diese Einreden würde aber, wenn sie illiquid sind, eine Replik des fehlerhaften gegnerischen Besitzes zu gewähren sein. Bei Grundstücken würden diese Ansprüche, soweit sie dem Inhalte des Grundbuches widersprechen, versagt werden müssen. Hierin ließe sich eine Weiterentwicklung des geltenden Rechtes ermöglichen, die den Schutzbedürfnissen des Volkes genügen könnte.

Nach alledem wird man aber doch nicht finden können, daß durch diese Neuerung der Besitz zu einem dinglichen Rechte erhoben sei. Unsere Klage schützt nur den redlichen Besitz und nicht den Besitz als solchen. Doch wird man zugeben müssen, daß der Besitz viel mehr von einem dinglichen Rechte an sich hat, als es im römischen Rechte der Fall war, weil er unter gewissen Voraussetzungen eine dingliche Klage erzeugt.[1])

§ 21.

10. Miteigentum.[2]) (§§ 1008—1011.)

Das B.G.B. behandelt hier nur diejenige Art des Miteigentums, die nach Bruchteilen, partes indivisae, mehreren Personen zusteht.[3]) Das Charakteristische ist dabei, daß hier die Anteile der einzelnen ziffernmäßig begrenzt sind, und darum müssen sie auch im Grundbuche bei jedem Miteigentümer eingetragen werden. Im allgemeinen ist nun die Regelung dieser Materie im B.G.B. dem bisherigen Recht entsprechend. Aber jeder der drei Paragraphen 1009, 1010 und 1011 zeigt doch eine erhebliche Abweichung vom bisherigen Recht in der Richtung, die Getrenntheit oder die Selbständigkeit der einzelnen Miteigentümer, ihre Unabhängigkeit von einander abzuschwächen.

1. Nach dem bisherigen gemeinen Recht kann ein Miteigentümer ein anderweitiges dingliches Recht an der gemeinsamen Sache immer nur zu dem Anteil der übrigen Miteigentümer erwerben. Der condominus eines Drittels kann also eine Hypothek auf das Grundstück nur zu den fremden zwei Dritteln erlangen und, wenn ein Recht nicht teilbar ist, wie z. B. eine Grundgerechtigkeit, so kann es ein Miteigentümer nach gemeinem Recht überhaupt nicht erwerben: „Servitus pro parte acquiri non potest.“[4]) Gerade dagegen richtet sich nun § 1009. „Die gemeinschaftliche Sache kann auch zu Gunsten eines Miteigentümers

[1]) Vgl. Gierke a. a. O. S. 70.

[2]) Vgl. von Seeler, Das Miteigentum nach dem B.G.B. Halle 1899.

[3]) Das „normale Miteigentum“ (Biermann zu § 1008). Miteigentumsrechte, bei denen die Anteile nach dem älteren Rechte nicht durch Zahlen bestimmt waren, sind durch Art. 181 Abs. 2 aufrecht erhalten worden.

[4]) Nachdem schon das römische Recht sich zu dem Satze entschlossen hat: Servitus pro parte retinetur, war es folgerichtig, auch die im Texte erwähnte Regel fallen zu lassen.

belastet werden"; also mit einem Pfandrecht, einer Hypothek, einem Nießbrauch u. s. w.[1]) Die gemeinschaftliche Sache, also nicht bloß der dem Miteigentümer fremde Bruchteil, sondern die ganze Sache. Das ist ebenso bei einer beweglichen gemeinschaftlichen Sache möglich, wie bei einem gemeinschaftlichen Grundstücke. Aus dieser Zulassung einer Neubelastung folgt von selbst, daß auch dann, wenn an der gemeinsamen Sache ein Recht für einen Fremden besteht und dieses Recht auf einen Miteigentümer der belasteten Sache übergeht, oder umgekehrt der fremde Inhaber des Rechts das Miteigentum an der belasteten Sache erwirbt, diese partielle Konfusion jenes Recht an der im Miteigentum stehenden Sache nicht aufhebt, auch nicht einmal pro parte.[2]) Das steht wiederum nicht bloß bei Grundstücken so, bei denen wegen des Grundbuchs die aufhebende Wirkung der Konfusion ausgeschlossen ist,[3]) sondern auch bei beweglichen Sachen. Selbst wenn $^{9}/_{10}$ oder gar $^{99}/_{100}$ des Eigentums und ein dingliches Recht, wie eine Hypothek, in einer Hand vereinigt sind, so tritt darum doch keine Aufhebung ein, auch nicht pro parte. Das kann man auch so ausdrücken: Miteigentum und jus in re aliena an der ganzen Sache sind hiernach nicht mehr unvereinbar, nicht inkompatibel.[4])

Ein solcher Miteigentümer, der zugleich Inhaber eines andern dinglichen Rechts an der Sache ist, kann dieses letztere z. B. die Hypothek nicht bloß in Bezug auf den Anteil seines Miteigentümers oder die Anteile seiner mehreren Miteigentümer, sondern in Bezug auf die ganze Sache verfolgen, z. B. wegen einer Hypothek das ganze Grundstück zur Zwangsversteigerung bringen. Er kündigt z. B. das Hypothekenkapital, das ihm als Gläubiger und Hypothekar zusteht, seinen Miteigentümern und sich selber. Dann bezahlt er als Schuldner nichts, und beantragt als Gläubiger, wenn nicht etwa der andere Miteigen-

[1]) Ein secum contrahere, Literatur s. bei Biermann zu § 1010. Entsch. d. R.G. Bd. 47 Nr. 45 S. 210.

[2]) So weit ging schon das römische Recht.

[3]) Vgl. oben S. 63 Anm. 2.

[4]) Vgl. hierzu die schon oben S. 63 Anm. 2 angeführte Schrift von Huber, Die Eigentümerdienstbarkeit, Bern 1902, und die abweichende Auffassung des Reichsgerichts ebenda. Sehr ausführlich prüft das Reichsgericht die Frage, ob der Eigentümer zweier Grundstücke an dem einen zu Gunsten des andern eine Grunddienstbarkeit bestellen könne mit Bezugnahme auf R. v. Jhering (Jahrb. f. Dogm. Bd. 10 S. 492) Entsch. Bd. 47 Nr. 45 S. 202 ff. und verneint diese Frage, weil das Gesetzbuch eine dahin gehende Ausnahme von § 873 nicht gemacht hat.

tümer ihn befriedigt, die Zwangsversteigerung gegen seinen Mitinhaber und sich selbst. Die Zwangsversteigerung ergreift das ganze Grundstück, denn er hat ja an dem ganzen Grundstück die Hypothek. Sein Interesse, die Subhastation des Grundstückes zu beantragen, kann ein mannigfaches sein, z. B. wenn er den Miteigentümer aus dem Miteigentum verdrängen will oder wenn er als Ersteher des Grundstücks in der Subhastation einen unbequemen Pächter oder Mieter los werden will, ihm kündigen will.

Daß das nicht unbedenklich ist, leuchtet ein, denn ein Miteigentümer, der solche Zwecke verfolgt, der den anderen condominus, den Pächter oder den Mieter los werden will, braucht nur eine an dem gemeinschaftlichen Grundstück bestehende Hypothek zu erwerben, so ist er in einer Lage, von der aus er die Zwangsversteigerung des ganzen Grundstücks erzwingen kann.

2. Eine bloße Anwendung dieses Grundsatzes der Vereinbarkeit von Miteigentum und dinglichem Recht an der ganzen Sache macht nun § 1009 Abs. 2: Wenn von zwei Grundstücken eins im Miteigentum steht, das andere aber einem der Miteigentümer gehört, dann kann doch das eine mit einem Recht für den jeweiligen Eigentümer des andern belastet werden. Daß bei beiden Grundstücken dieselbe Person eine Rolle spielt, das eine Mal als Miteigentümer und das andere Mal vielleicht als Alleineigentümer, ist unerheblich. Das ist eine erste Abweichung von der Selbständigkeit der Eigentumsanteile. In § 1010 findet sich eine weitere Abweichung nach dieser Richtung. Das Verhältnis der Miteigentümer untereinander ist ja als Gemeinschaft durch die §§ 741 bis 758[1]) im ganzen nach dem Muster des gemeinen Rechts geregelt, sodaß jeder über seinen Anteil rechtlich verfügen kann, also seine Eigentumsquote veräußern, verpfänden, auch als Miteigentümer Teilung verlangen kann u. s. w. Aber in demselben früher erörterten Paragraphen sind auch Beschlüsse der Miteigentümer über die Verwaltung und Benutzung der gemeinschaftlichen Sache und über den Ausschluß der Teilungsklage zugelassen.[2]) Für diese Beschränkungen bestimmt § 1010, daß sie gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers bei Grundstücken doch nur dann wirksam sein sollen, wenn sie als Belastung seines Anteils eingetragen, gebucht waren. Vier-

[1]) Bd. 1 S. 557 ff.
[2]) §§ 745, 746.

mann will sie als Vormerkung buchen lassen.[1]) Das scheint mir nicht zutreffend. Ich würde meinen, daß jene Verfügungsbeschränkung durch eine Einschränkung gebucht werden muß.[2]) Indessen ist das mehr eine Frage des formalen Grundbuchrechts als des materiellen.[3]) Übrigens steht es (§ 1010 Abs. 2) ebenso auch mit den Ausgleichungsansprüchen, die einzelne aus der Gemeinschaft gegen andere Miteigentümer haben. Auch diese müssen aus dem Grundbuch ersichtlich und in demselben eingetragen sein, wenn sie gegen den Sondernachfolger eines veräußernden Miteigentümers geltend gemacht werden sollen.[4])

3. Natürlich hat jeder Miteigentümer gegen die andern Teilhaber seinen Eigentumsanspruch nur zu seinem Bruchteil, pro sua parte. Das ist nach römischem Recht nicht anders als nach heutigem. Aber das römische Recht gibt dem einzelnen bekanntlich auch gegen dritte Personen eine Eigentumsklage nur pro sua parte. Dagegen richtet sich § 1011. Es kann der einzelne Miteigentümer gegen Dritte die

---

[1]) Vgl. Biermann, Anm. 1 zu § 1010, der übrigens die durch Vormerkung zu sichernde Belastung für „eine durchaus eigenartige, am ersten noch den Grunddienstbaren vergleichbare" (?) erklärt.

[2]) So der Text. Ist hier etwa unter einer Einschränkung ein „Widerspruch" gemeint? Vgl. über das Verhältnis von Vormerkung und Widerspruch oben S. 74 Anm. 1. — Eck geht wohl davon aus, daß Miteigentumsbeschränkungen kein Gegenstand einer eigentlichen Vormerkung sein können, weil sie einen gegenwärtigen Rechtszustand gegenüber seiner Nichterwähnung durch das Grundbuch feststellen, also gewissermaßen den negativen Inhalt des Grundbuchs berichtigen. Es wird aber wohl der entgegengesetzten Ansicht Biermanns a. a. O. beizupflichten sein, weil die im Texte berührten Miteigentumsschranken den Sondernachfolgern gegenüber überhaupt erst dann gelten, wenn sie eingetragen sind. Vorher enthält also die Nichteintragung dieser Schranken keine Unrichtigkeit, die einen Widerspruch veranlassen könnte. Eine Vormerkung liegt hier vielmehr deshalb vor, weil die Miteigentümer die Schranken ihres Miteigentumsgenossen sich für den spätern Fall sichern wollen, daß Sondernachfolger eintreten, die nicht ohne weiteres an diese Schranken gebunden sind. Es liegt also eine protestatio pro conservanda libertate vor, zur Sicherung einer Freiheit von den Miteigentumsbefugnissen, die den Sondernachfolgern ohne die Eintragung zustehen würden.

[3]) Eck will damit wohl nicht bestreiten, daß es sich bei dieser Frage auch darum handelt, ob die materiellen Vorschriften des Vormerkungsrechtes in dem besprochenen Falle gelten oder nicht.

[4]) Hier liegt der Vormerkungscharakter der Eintragung noch klarer zu Tage; denn hier handelt es sich um die Sicherung eines Anspruches, der ohne diese gegen die Sondernachfolger nicht wirken würde.

Ansprüche sogar in Ansehung der ganzen Sache geltend machen.[1]) Man muß wohl hinzudenken: wenn er es nicht vorzieht, bloß zu seinem Teil zu klagen.[2]) Er hat freilich den Anspruch, der der wichtigste ist, den Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen einen fremden Besitzer nur in Gemäßheit des § 432, der von unteilbaren Leistungen an mehrere Gläubiger handelt. Klageantrag kann also nur auf Verurteilung zur Herausgabe an alle gerichtet werden.[3]) Wie also einer von mehreren Gläubigern, die eine unteilbare Leistung zu fordern haben, nur auf Leistungen an alle oder auf Verurteilung des Beklagten zur Leistung an alle klagen kann, so kann auch hier der einzelne Miteigentümer zwar auf Verurteilung des Besitzers zur Herausgabe der Sache klagen, aber nur zur Herausgabe an alle.[4]) Hiernach kann z. B. der einzelne Miteigentümer auch eine actio negatoria (Eigentumsfreiheitsklage) gegenüber der Beeinträchtigung durch den Nachbarn unbeschränkt erheben. Eine etwas ferner liegende Konsequenz ist, daß der einzelne Miteigentümer auch die Eigentumsvermutung kraft seines Mitbesitzes in Anspruch nehmen kann. Wenn jemand nur zu einem Drittel Mitbesitzer ist, so kommt ihm die Eigentumsvermutung, die an den Besitz geknüpft ist, zu Gute und eben darum, weil er als Miteigentümer zu einem Drittel präsumiert wird, kann er auch, wenn er nur den Mitbesitz beweisen kann, in Ansehung der ganzen Sache klagen. Noch mehr! Auch aus früherem Mitbesitze wird man

[1]) Hiervon war schon oben die Rede, vgl. S. 164 ff. Daß der Miteigentümer in diesem Falle das Eigentum aller seiner Miteigentümer, auf das er sich stützt, beweisen muß, wird mit Unrecht angezweifelt. Literatur vgl. bei Biermann, Anm. 2 zu § 1011.

[2]) Eck denkt wohl daran, daß der Miteigentümer beantragt, ihm zu gestatten, die Sache neben dem besitzenden Dritten zu seinem Anteile zu benutzen.

[3]) Eine Anwendung auf das Recht der ehelichen Gütergemeinschaft findet sich in R.G.E. Bd. 48 Nr. 59 S. 272.

[4]) Dies wird von manchen auch auf Nebenansprüche (Früchte, Schadensersatz u. dgl.), welche teilbar sind, bezogen, vgl. Literatur bei Biermann, Anm. 2 zu § 1011. Dies ist aber nicht deshalb zu bestreiten, weil, wie behauptet worden ist, „§ 1011 lediglich der Klarstellung von Konsequenzen aus andern im B.G.B. enthaltenen Sätzen diene"; denn dies ist m. E. nicht der Fall. Die Bestreitung folgt vielmehr aus dem offensichtlichen Zwecke des Verbots, als Miteigentümer die Sache allein an sich zu reißen. Das Verbot dient dem Schutze der andern Miteigentümer und bei den teilbaren Nebenleistungen liegt ein derartiges schutzwürdiges Interesse nicht vor.

nach § 1007 gegen einen jetzigen Besitzer auf Herausgabe der ganzen Sache klagen können.

Die Bestimmung des § 1011 klingt beim ersten Durchlesen so, als ob das Urteil, was in Ansehung der ganzen Sache ergeht, auch Rechtskraft für alle Miteigentümer haben müßte. Allein die revidierte C.P.O. die doch die Ausdehnung der Rechtskraft in subjektiver Hinsicht sehr bestimmt abgrenzt, bestätigt in § 325 diese Annahme nicht.[1]) Die Konsequenz ist, daß der von einem Miteigentümer Beklagte, der passiv Legitimierte, wenn er glücklich Abweisung des einen klagenden Miteigentümers erstritten hat, genötigt werden kann, hintereinander noch eine Mehrzahl von Klagen in Ansehung der ganzen Sache von den übrigen Miteigentümern auf sich zu nehmen. Hat er eine Abweisung des ersten erzielt, so kann doch der zweite Miteigentümer wieder mit einer Klage gegen ihn vorgehen, was freilich recht unbequem werden kann.[2])

Zum Schluß ist zu erwähnen, daß von dem hier geregelten Miteigentum nach Bruchteilen natürlich das an einer anderen Stelle im B.G.B. behandelte Miteigentum zur gesamten Hand oder Gesamteigentum verschieden ist. Es besteht bei dem Gesellschaftsvermögen, bei der Miterbschaft, Miterbengemeinschaft, aber auch beim Ehevermögen und in anderen Fällen. Das Charakteristische ist im Gegensatz zu den hier besprochenen Erscheinungen, daß bei dem Miteigentum zur gesamten Hand die Anteile der einzelnen nicht ziffernmäßig abgegrenzt, sondern latent sind, und daß bei ihm der Anteil von einem einzelnen weder gegen die übrigen Gesamthänder noch gegen Dritte verfolgt werden kann, weil sich die Anteile während der Dauer der Gesamthänderschaft garnicht abgrenzen lassen.[3])

Endlich ist noch ein anderes Miteigentum landesrechtlich an Gebäuden zugelassen. Das Einführungsgesetz Art. 131 behält dem

[1]) Vgl. Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901, S. 51 ff., über die Zulässigkeit einer Analogie auf dem Gebiete der Frage, ob ein rechtskräftiges Urteil auch gegen Dritte vollstreckbar sei.

[2]) Das Gegenteil würde wider die Regel verstoßen: Res inter alios acta tertiis non nocet.

[3]) Die Abgrenzung der Anteile auf andere als ziffernmäßige Art und die Notwendigkeit aller Anteilsberechtigten nach außen hin zusammen aufzutreten, sind zwei verschiedene Dinge, die keineswegs notwendigerweise mit einander verbunden sein müssen. Der Name „gesamte Hand" weist zunächst auf die letztere Abweichung vom normalen Miteigentum hin.

Sonderrecht vor, das Miteigentum an Gebäuden in der Art zu regeln, daß jedem die alleinige Benutzung eines Gebäudeteils zusteht. Das ist das sogenannte Stockwerkseigentum[1]) mit horizontaler Begrenzung der Eigentumssphären. Es besteht namentlich in Bayern und Württemberg, auch in Frankfurt a. M.[2]) Seine Konstruktion ist natürlich sehr schwierig. Die Germanisten haben sich in neuerer Zeit viel damit befaßt. Richard Schröder[3]) konstruirt es als Eigentum aller an der ganzen Sache aber mit Nutzteilen an dem einen einzelnen zur Nutzung überwiesenen Teile.[4])

Kapitel IV. Rechte an fremden Sachen.

§ 22.

1. Allgemeine Bestimmungen.

Das B.G.B. regelt nur eine geschlossene Zahl von dinglichen Rechten, im ganzen nicht über zehn, z. B. das Erbbaurecht, die Grunddienstbarkeiten, den Nießbrauch u. s. w. Bei Grundstücken kann aber natürlich mittels des uns schon bekannten Instituts der Vormerkung auch gewissen persönlichen Rechten, die nur auf Erlangung eines dinglichen Rechts gerichtet sind, bereits dingliche Kraft verschafft werden,[5]) und zwar nicht bloß denen, bei welchen das im B.G.B. selber ausgesprochen wird, sondern auch andern, z. B. einem Wiederkaufsrechte.[6])

---

[1]) Der Name paßt eigentlich nur in dem Falle des Art. 181 Abs. 2, nicht des Art. 131. Bei letzterem sollte man von Stockwerksmiteigentum reden im Gegensatz zu dem Stockwerksalleineigentum.

[2]) Die einzelnen Vorschriften s. in Niedners Kommentar 4 zu Art. 131 E.G.

[3]) Heidelberger Festgabe 1896.

[4]) Man kann dies Rechtsverhältnis auch so auffassen, daß jeder an seinem abgegrenzten Teile wahres Eigentum hat. Natürlich stehen aber dann den Stockwerkseigentümern Dienstbarkeiten oder dienstbarkeitsartige Rechte an den Stücken der andern zu. Ein derartiges Landesrecht gilt nur da, wo es besonders anerkannt ist, Art. 182 Abs. 2 E.G. Die Anwendbarkeit des Art. 131 nach preußischem Rechte wird verneint, vgl. Niedner, Kommentar 4 zu Art. 131 E.G. und 1 zu Art. 182, Literatur bei Matthiaß, Lehrb. d. Bürg. R. II § 37 S. 102 und Lehmann (Enneccerus-Lehmann) II S. 219 Anm. 3.

[5]) Vgl. oben S. 73 ff.

[6]) Die Frage ist oben erörtert, vgl. S. 72 Anm. 4.

Beim Vorkaufsrecht erkennt das B.G.B. dagegen die mögliche Dinglichkeit unmittelbar an.

Außerdem aber bleiben noch zahlreiche andere dingliche Rechte nach dem Landesrecht auch in Zukunft statthaft. Nach dem Einführungsgesetz ist die Reihe derselben überraschend groß. Es werden dem Sonderrecht vorbehalten nach Art. 59 Familien-Fideikommisse, Lehen und Stammgüter, nach Art. 63 das Erbpachtrecht mit Einschluß des Büdner- und Häuslerrechts, nach Art. 67 und 68 das Bergwerkseigentum und verwandte Rechte, nach Art. 73 ff. Regalienrechte, nach Art. 80 Abs. 2 Pfründnerrechte, nach Art. 153 Rechte an Kirchenstätten, Begräbnisstätten, nach Art. 164 Mitgliedschaftsrechte an Realgemeinden u. s. w. So ist diese Reihe von dinglichen Rechten eine recht stattliche.

Dabei ist hinzuzufügen, daß Rechte auf Leistungen aus einem Grundstück als Reallasten dinglich gemacht werden können. Endlich gibt der ältere Besitz ja eine Besitzrechtsklage auch gegen jeden Dritten.

Das Ergebnis ist, daß schließlich der Kreis der dinglichen Berechtigungen nach B.G.B. nicht viel enger ist, als der nach dem Pr. L.R. und erheblich viel größer als nach römischem Rechte.[1])

Bei Grundstücken bedürfen die reichsrechtlich anerkannten dinglichen Rechte sämtlich der Eintragung in das Grundbuch, sogar auch die Grunddienstbarkeiten sind dem Eintragungszwang unterworfen. Dagegen bedürfen die kraft Vorbehalts nach Landesrecht bestehenden dinglichen Rechte der Eintragung nur, wenn das Landesrecht sie fordert oder das Reichsrecht selber es verlangt. So schreibt z. B. das

[1]) Dabei herrscht aber das System der geschlossenen Zahl der dinglichen Rechte. Man wird sie in zwei Klassen einteilen können: a) solche, deren Ausübung aus der körperlichen Beschaffenheit einer Sache in sichtbarer Weise einen dauernden Vorteil ziehen, deren Ausübung sich also in der Außenwelt dauernd bemerkbar macht, b) solche, die zwar das Eigentum belasten, also entwerten, aber nicht durch eine sofortige dauernde Benutzung, sondern durch eine drohende spätere Handlung, wie das Pfandrecht durch den drohenden Pfandverkauf, das Vorkaufsrecht durch die drohenden Maßregeln gegen einen rechtswidrigen Verkauf und die Vormerkungsrechte durch die drohenden Maßregeln gegen eine vormerkungswidrige Eintragung, vgl. oben S. 73 Anm. 1. Bei den Reallasten kommt noch hinzu, daß dem jeweiligen Eigentümer in der Regel eine Zwangsvollstreckung in sein Vermögen, das neben dem Grundstücke vorhanden ist, droht; dies entwertet ebenfalls das Grundstückseigentum, weil es die Lust, eine solche Sache zu erwerben, abschwächt.

Einführungsgesetz Art. 63 für das Erbpachtrecht vor, daß es dem Erbbaurecht gleich zu behandeln sei.

Es ist nicht unerwähnt zu lassen, daß Strecker in dem sehr wertvollen Buche: „Über Rechte an Grundstücken“ [1]) behauptet, eine einzige Ausnahme sei unwillkürlich in das B.G.B. hineingekommen, bei der ein dingliches Recht an einem Grundstück ohne Eintragung entstehen könne, § 1075: „Mit der Leistung des Schuldners an den Nießbraucher erwirbt der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Nießbraucher den Nießbrauch an dem Gegenstand.“ Wenn also der Gegenstand eines Nießbrauchs eine Forderung war, etwa aus einem Kaufvertrag auf ein Grundstück, und der verurteilte [2]) Verkäufer das Grundstück leistet, so bekommt nach Strecker der Nießbraucher den Nießbrauch an dem Gegenstand mit der Leistung, also ohne Eintragung. Ich glaube nicht, daß das die Absicht des B.G.B. war. Man muß wohl Auflassung und Eintragung hinzudenken, sowohl für das Eigentum des Gläubigers [3]) als auch „Einigung und Eintragung“ [4]) für den Nießbrauch des Nießbrauchers an dem geleisteten Grundstück. Daß hier eine ganz singuläre Ausnahme mit untergelaufen sein soll, kann ich nicht zugeben. [5])

[1]) S. 49. Ebenso Fischer, Anm. 2 zu § 1075, Biermann, Anm. 1 zu § 1075, Planck, Bem. 2 zu § 1075. Anders Dernburg, Bürg. R. Bd. III § 193 S. 540 und Endemann, 7. Aufl. Bd. II § 105 Anm. 11 S. 410, § 59 Anm. 9 S. 230. Dieser will auch hier nur eine Einrede aus § 986 gewähren und an dem Eintragungsprinzip unbedingt festhalten. Für ihn spricht die Vorgeschichte, gegen ihn der klare Wortlaut des Gesetzes, an dem m. E. festzuhalten ist. Weitere Literatur s. bei Biermann a. a. O.

[2]) Die Verurteilung ist wohl von Eck nur beispielsweise erwähnt. Wesentlich ist sie nicht.

[3]) Dies ist wohl unstreitig.

[4]) Vom Herausgeber eingeschoben nicht ohne Bedenken, ob Ecks Meinung getroffen werde.

[5]) Gegen Ecks Ansicht spricht nicht bloß der Wortlaut des Gesetzes, sondern auch die Erwägung, daß einerseits der Gläubiger hier nicht durch Rücksichten auf den Nießbraucher im Eigentumserwerbe aufgehalten, andererseits aber auch der Nießbraucher nicht dadurch gefährdet werden soll, daß der Gläubiger ein nießbrauchfreies Eigentum empfängt und veräußern kann. Diese Erwägungen rechtfertigen eine Ausnahme von dem Eintragungsprinzip. Bei Pfandrechten an Forderungen gilt freilich nicht dasselbe wie bei Nießbrauchsrechten, obwohl die Sachlage eine ähnliche ist (vgl. § 1281). Hier schützt die Gemeinschaftlichkeit des Empfangsrechtes beide Interessenten. Darüber, daß der Nießbraucher jedenfalls die Eintragung seines Rechtes nach § 894 verlangen kann, herrscht kein Streit, vgl. Biermann, Anm. 1 zu § 1075.

Ebenso wie die dinglichen Rechte sämtlich an das Eintragungsprinzip gebunden sind, so kommen ihnen andererseits auch die Wirkungen der Eintragung zugute, also die Vermutung für die Richtigkeit des Grundbuchinhalts und auch die Fiktion der Richtigkeit des Buchinhalts zu Gunsten eines dritten redlichen Erwerbers.[1])

Diese begrenzten dinglichen Rechte, wie man sie zum Unterschied vom Eigentum zusammenfassend nennen kann, können nicht bloß Rechte an einer fremden Sache sein, sondern auch Rechte an einer eigenen Sache, also dem Eigentümer selber zustehen. Beim Miteigentum gilt das im weitesten Maße. Ein Miteigentümer, dem $^{99}/_{100}$ eines Grundstücks gehören, kann daneben eine Hypothek an diesem Grundstück haben, die dann allerdings zu $^{99}/_{100}$ ein Recht an einer eigenen Sache ist.[2]) Abgesehen von dem Miteigentum ist das aber in engeren Grenzen auch bei dem Alleineigentum anerkannt, bei Grundstücken sogar ganz allgemein durch den schon früher[3]) besprochenen § 889, der bei Grundstücken jede rechtsaufhebende Wirkung der Konfusion ausschließt. Also kann hiernach nicht bloß eine Hypothek als Eigentümerhypothek fortdauern, sondern auch eine Grundschuld, Rentenschuld, Dienstbarkeit, Reallast u. s. w.

Bei der Grundschuld ist man noch einen Schritt weiter gegangen. Sie kann nicht bloß dadurch, daß die rechtsaufhebende Wirkung der Konfusion ausgeschlossen ist, an eigener Sache fortbestehen, sondern sie kann für den Eigentümer ganz neu bestellt werden, § 1196. Nur von einer Grundschuld ist das anerkannt, von einer Hypothek nicht,[4]) überhaupt nicht bei anderen dinglichen Rechten an Grundstücken.[5]) Hier entsteht sie also von vornherein nicht als jus in re aliena, sondern als jus in re propria.

---

[1]) Vgl. oben S. 57 ff.

[2]) Vgl. oben S. 63.

[3]) Vgl. dort auch die Auffassung des Reichsgerichts, auch oben Anm. S 63 Anm. 2.

[4]) Man denke an die Hauptforderung, die niemand gegen sich selbst haben kann.

[5]) Man kann also nicht zuerst eine Wegeservitut für das eine zweier Grundstücke, an denen man Eigentum hat, auf dem andern eintragen lassen, um das andere besser veräußern zu können. Solche antizipierte deductio servitutis hätte wohl folgerichtigerweise gestattet werden können. Ein bemerkbares Bedürfnis dieser Neuerung lag jedoch nicht vor. Dies ist vom Reichsgericht mit Recht festgestellt. Entsch. Bd. 47 Nr. 45 S. 210. Es verweist wegen etwa auftauchender Verkehrsbedürfnisse auf die Gesetzgebung der Zukunft. Vgl. hierzu Biermann, Anm. 1 c zu § 1033.

Bei beweglichen Sachen ist freilich die rechtsaufhebende Wirkung der Konfusion grundsätzlich beibehalten und bei jedem einzelnen dinglichen Recht ist wiederholt, daß es durch Zusammentreffen dieses dinglichen Rechts und des Eigentums in einer Hand erlischt. Aber doch sind auch bei beweglichen Sachen Ausnahmen vorhanden.

Nach § 1256 Abs. 2 gilt z. B. ein Pfandrecht trotz seines Zusammentreffens mit dem Eigentum als nicht erloschen, wenn der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts hat. Er kann z. B. ein älteres Pfandrecht aufrecht erhalten, das er mit seinem Eigentum in einer Hand erworben hat, gegenüber Gläubigern, die die Sache, an der dies ältere Pfandrecht besteht, pfänden lassen wollen.

Nach § 1256 Abs. 1 Satz 2 erlischt ferner das Pfandrecht durch Konfusion auch dann nicht, wenn ein Dritter an der gesicherten Forderung ein Recht hat, z. B. einen Nießbrauch. Steht z. B. an der durch Pfandrecht gesicherten Forderung dem X ein Nießbrauch zu und der Pfandgläubiger wird Eigentümer des Pfandstücks durch Erbgang oder irgendwie sonst, so dauert das Pfandrecht an der Sache zur Deckung des usus fructus nominis für X fort, obwohl es sich in einer Hand mit dem Eigentum vereinigt hat und also für den Eigentümer nicht weiter bestehen würde.

Das Ergebnis ist, daß die Möglichkeit von dinglichen Rechten an einer eigenen Sache neben dem Eigentum immerhin eine besondere und unregelmäßige Rechtsbildung bleibt, wenn sie auch nicht gerade selten ist, namentlich bei Grundstücken häufig eintritt.[1]) Darum geht es m. E. zu weit, wenn Dernburg sagt: Statt von Rechten an fremden Sachen zu sprechen, muß man künftig von begrenzten dinglichen Rechten an einer Sache reden.[2]) Man wird der Deutlichkeit wegen noch immer

---

[1]) Die Entwicklung drängt zu dem allgemeinen Satze hin: „Der Eigentümer kann neben seinem Eigentume begrenzte dingliche Rechte an seiner Sache haben, wenn sie ihm Vorteile geben, die das Eigentum nicht gewährt". Bis dahin ist das B.G.B. noch nicht gekommen, weil es die Eierschalen des alten Rechts nicht ganz abzustreifen vermochte.

[2]) Dernburg, Bürg. R., Bd. III 2. Aufl. S. 182 § 62,1. Dagegen ließe sich einwenden, daß auch das Eigentum begrenzbar ist. Die sog. begrenzten Rechte sind daher besser als „dingliche Nichteigentumsrechte" oder „dingliche Rechte ohne Expansivkraft" (vgl. oben S. 94 Anm. 2) oder „eigentumsentwertende Rechte" zu bezeichnen. Der bloße Schutz gegen Dritte kennzeichnet übrigens für sich allein

von Rechten an fremden Sachen sprechen können, ohne damit auszuschließen, daß sie unter besonderen Voraussetzungen als jura in re propria möglich sind.[1])

§ 23.

2. Erbbaurecht. (§§ 1012—1017.)

Das Erbbaurecht ist die römische superficies,[2]) das Recht, an einem fremden Grundstück[3]) auf dessen Oberfläche oder unter derselben ein Bauwerk zu haben.[4]) Das Recht muß vererblich und veräußerlich sein. Ein Bauwerk kann nach der Absicht des B.G.B. nicht bloß ein Gebäude sein, sondern auch ein anderer Bau, ein Viadukt, ein Schienenweg u. s. w.,[5]) vielleicht auch ein Monument. Das Bauwerk kann entweder schon errichtet sein, wenn das Erbbaurecht bestellt wird, oder, was häufiger der Fall sein wird, es soll durch den Erbbauberechtigten errichtet werden.

Nach § 1013 kann das Recht auch auf einen solchen Teil des Grundstücks ausgedehnt werden, der für das Bauwerk nicht erforderlich aber doch vorteilhaft ist, z. B. auf den Garten, der nicht mit dem Bauwerk bebaut werden soll, aber zur Benutzung des Gebäudes natürlich von Wichtigkeit sein kann.[6]) Dagegen kann das Erbbaurecht

---

das dingliche Recht nicht, sonst wäre auch die römische acto quod metus causa eine dingliche Klage gewesen. Sie war es nicht, weil sie das Eigentum nicht entwertete, sondern nur in andere Hände hinüberzog.

[1]) Diese Redeweise läßt sich nur als eine reſiduäre rechtfertigen. „Rechte an fremden Sachen" sind: „Rechte, die in früherer Zeit nur an fremden Sachen vorkamen", jetzt aber an eigenen gewährt werden. Der Name tut schließlich nichts zur Sache.

[2]) D. h. ihr Hauptanwendungsfall.

[3]) Vgl. hierzu § 6 Grundbuchordnung: Sollte ein Grundstücksteil mit einem Rechte belastet werden, so ist er von dem Grundstücke abzuschreiben und als selbständiges Grundstück einzutragen.

[4]) Ein Bodenzins ist nicht wesentlich.

[5]) Ebenso Biermann, Anm. 1 zu § 1012, doch ist dies, wie die dort angeführten Ansichten ergeben, nicht unbestritten.

[6]) Der „Vorteil für die Benutzung des Grundstücks" wiederholt sich in § 1019. Es ist, wie die Vorgeschichte der letzteren Bestimmung erweist, hier eine solche Benutzung gemeint, auf die die Eigenschaft des Grundstücks hinweist, also z. B. nicht die Gelegenheit für einen in einer Villa wohnenden Gelehrten, die öffentliche Bibliothek schnell zu erreichen (praedio utilis esse debet i. e. domino propter qualitatem praedii, m a. W.: für die Verwertung besonderer Grundstückseigenschaften).

nicht an einem bloßen Teile des Gebäudes bestellt werden (§ 1014). Fraglich ist, ob damit eine ganz besonders (namentlich im Großherzogtum Hessen) häufige Anwendung des Erbbaurechts abgeschnitten sein soll, ein Erbbaurecht an Kellern. Namentlich haben Weinhändler, deren Kellereien nicht ausreichen, an Kellern, die unter den Nachbarhäusern sich befinden, ein superfiziarisches Recht oder, wie man künftig sagen muß, ein Erbbaurecht. Indem von ihren Kellern aus Zugänge in die anstoßenden Keller gebahnt werden, kann sich mitunter der Keller eines Weinhändlers unter einer Mehrzahl von fremden Gebäuden hinziehen. Es kommt darauf an, ob ein Keller unter allen Umständen als Teil eines Gebäudes zu fassen ist. Denkbar wäre, daß er gegen das über ihm stehende Gebäude abgeschlossen wird, so daß man ihn dann nicht als Teil desselben zu fassen brauchte. Dann würde das Erbbaurecht noch zulässig bleiben. Endemann[1]) spricht dem Keller die Eigenschaft des Stockwerks unbedingt ab, er ist aber in vielen Fällen ein Teil eines Gebäudes.[2]) Es wird also darauf ankommen, wie der Keller beschaffen ist. Ich würde auch in Zukunft ein Erbbaurecht dieser Art keineswegs für unmöglich erklären.

Dernburg[3]) beklagt es besonders, daß das Erbbaurecht nicht mehr an Pflanzungen zulässig sei. In der Mark würden Sandhügel vielfach zu Obstanlagen auf 40 Jahre verpachtet, wobei statt eines Pachtrechtes ein Erbbaurecht dem praktischen Bedürfnisse viel besser genügen würde. Jedenfalls gibt es an Pflanzungen, die man nicht als Bauwerk betrachten kann, ein Erbbaurecht nicht mehr.[4])

Die Bestellung eines Erbbaurechtes erfolgt nach § 1015 in derselben Form wie die Eigentumsübertragung, nämlich durch Einigung des Eigentümers und des Erwerbers bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt. Natürlich muß noch die Eintragung hinzukommen. Dagegen kennt das B.G.B. beim Erbbaurecht

[1]) § 97 7. Aufl. S. 379.

[2]) Gewissermaßen ein unterirdisches Stockwerk, nämlich dann, wenn es höhere Stockwerke trägt.

[3]) Dernburg, Bürg. R. Bd. III S. 464 § 162 Anm. 3.

[4]) Die Worte „Bauer", „Getreidebau" u. dgl. könnten daran irre machen, doch lassen die Vorberatungen des Gesetzbuches wohl kaum einen Zweifel an der Richtigkeit des Textes. — Mit der superficies an einer Pflanze mußte übrigens immer auch ein Wegerecht verbunden sein, sofern sie nicht an der Grenze oder auf einem öffentlichen Boden stand.

nicht mehr die Erwerbsart der Ersitzung; höchstens noch die früher erörterte Tabularersitzung.[1])

Fragen kann man nun, wer das Eigentum an dem kraft Erbbaurechts errichteten Hause habe. Wenn der Erbbauberechtigte es selber erbaut hat, dann wird er nach den Regeln des allgemeinen Teils Eigentümer. § 95 Abs. 1 wird hier besonders praktisch. „Zu den Bestandteilen eines Grundstücks gehören solche Sachen nicht, z. B. ein Gebäude oder ein anderes Bauwerk, das in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstück von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden worden ist."

Also gilt das kraft Erbbaurechts auf dem fremden Grundstück errichtete Gebäude als eine selbständige Sache[2]) des Erbbauberechtigten. Wenn er es wieder abbricht, so gehört das Abbruchsmaterial natürlich ihm, und wenn in dem Gebäude ein Schatz gefunden wird, so gehört ihm die Hälfte, die der Eigentümer der Sache bekommt, in der der Schatz gefunden ist. Besonders bestimmt § 1016, daß das Erbbaurecht auch nicht durch Untergang des Bauwerks erlischt, weil es das Grundstück selbst als Gegenstand ergreift.[3])

Im übrigen gelten nach § 1017 geradezu für das Erbbaurecht die Regeln, die sich auf Grundstücke beziehen, für den Erwerb des Erbbaurechtes und die Ansprüche aus demselben die Regeln für den Erwerb des Eigentums und die Ansprüche aus dem Eigentum. Das entspricht im wesentlichen dem bisherigen preußischen Rechte; im besonderen wird nach § 7 der Grundbuchordnung dem Erbbaurecht, das auf dem belasteten Grundstück eingetragen ist, auf Antrag sogar ein eigenes Blatt im Grundbuch erteilt. Das Erbbaurecht ist also, was man in Preußen nennt, ein Immobiliarrecht. Ist das belastete Grundstück gebucht, so wird das Recht daneben zum zweitenmale ge-

[1]) Vgl. oben S. 92 ff.

[2]) Eine wichtige Abweichung vom gemeinen Rechte.

[3]) Auch deshalb, weil es nicht nach der Art einer servitus oneris ferendi an das jedesmalige Eigentum am Hause geknüpft, also kein rein subjektiv dingliches Recht ist. Diese Natur hat es nur solange das Haus steht. Wir haben also eine Zwischenbildung unter subjektiv-persönlichen und subjektiv-dinglichen begrenzten Rechten an einer fremden Sache vor uns. Besteht das Haus schon bei der Bestellung und bleibt es bestehen, so ist das Erbbaurecht einem vererblichen Nießbrauchsrechte an der Grundfläche sehr ähnlich. Anders, wenn es noch nicht gebaut oder noch nicht wieder aufgebaut ist.

bucht als eigenes Immobile.[1]) Darum sind auch Grunddienstbarkeiten an diesem Erbbaurecht möglich, ebenso hypothekarische Belastungen und dergleichen mehr. Da endlich auch die Eigentumsansprüche bei dem Erbbaurecht Anwendung finden, so sind nicht bloß die Vindikations- und Negatorienklagen, sondern auch die Klagen aus dem präsumierten Eigentum und die Klagen aus älterem Besitz nach §§ 1006 und 1007[2]) anzuwenden.

§ 24.

3. Grunddienstbarkeiten. (§§ 1018—1029.)[3])

Diese Lehre ist im Anschluß an das gemeine Recht gestaltet. Darum ist das Institut eingeengt und, etwas schroff ausgedrückt, beinahe mißgünstig behandelt worden. Es ist so, als ob das B.G.B. die Grunddienstbarkeiten nur als notwendiges Übel gelten lassen wollte.[4])

Zunächst unterscheidet das B.G.B. ebenso wie das bisherige Recht das herrschende und das dienende Grundstück.[5]) Der Inhalt der Dienstbarkeit kann nach § 1018 ein dreifacher sein.

---

[1]) Diese Gleichstellung des Erbbaurechts mit dem Eigentume, die sich auch auf § 313 bezieht (Entsch. d. R.G. Bd. 50 Nr. 18 S. 82), erklärt sich daraus, daß während seiner Dauer das Eigentum des Grundherrn eine nudissima proprietas ist. Daher hat denn der Superfiziar „im Leben und wirtschaftlich die Machtbefugnisse eines Eigentümers." (Dernburg III. S. 463). § 1017 spricht übrigens nicht von den Vorschriften über Endigung des Eigentums, daher streitig ist, ob § 927 (ausschließendes Aufgebot) und § 928 (Dereliktion) bei ihm gelten. Literatur s. b. Biermann, Anm. 2 zu § 1017. Dagegen spricht nicht bloß der Wortlaut des Gesetzes, sondern auch die Erwägung, daß die den Vorschriften zu Grunde liegenden praktischen Bedürfnisse bei dem Erbbaurecht nicht in gleicher Weise vorhanden sind, weil hinter dem Erbbauberechtigten immer noch ein Grundeigentümer steht, der das Gebäude im Notfalle erwirbt.

[2]) Vgl. oben S. 188. Eck zieht hier aus der oben getadelten Stellung des § 1007 im vierten Titel des Buchs eine praktische Konsequenz. Vielleicht erklärt sich jene Stellung daraus, daß man derartige analoge Schlüsse von der rei vindicatio auf die germanistische Besitzklage ermöglichen wollte. — Mit Recht spricht Biermann, Anm. 2 zu § 1011 von einer Doppelnatur des Erbbaurechts. Es gilt teils als dingliches Recht, teils als Grundstück.

[3]) Vgl. Kohler, Archiv f. civ. Pr. Bd. 87 S. 157 ff.

[4]) Sie sind in der Tat, wenn sie überflüssig sind, gemeinschädliche Entwertungen des Eigentums und damit des Nationalvermögens.

[5]) Eigentumsanteile (im B.G.B. Bruchteile genannt) können weder als herrschende noch als dienende Gegenstände in Betracht kommen, weil der Erfolg der Rechtsausübungen bei den Dienstbarkeiten in der sichtbaren Außenwelt liegt, nicht in der Welt der Gedanken. Vgl. Biermann, Anm. 1 b zu § 1018.

a) Eine Beschränkung der Benutzung des dienenden Grundstücks durch den Berechtigten. Das dienende kann in der Weise belastet werden, daß der Eigentümer des herrschenden Grundstücks das dienende in einzelnen Beziehungen benutzen[1]) darf. Das wäre also eine servitus, quae in faciendo consistit.

b) Die Grunddienstbarkeit kann zum Inhalt haben die Untersagung gewisser Handlungen auf dem dienenden Grundstück, das ist eine servitus, quae in non faciendo consistit.

c) Es kann die Grunddienstbarkeit auch noch den Inhalt haben, daß sie die Ausübung gewisser Rechte ausschließt, die aus dem Eigentum des belasteten Grundstücks gegenüber dem anderen Grundstück entspringen. Durch die Grunddienstbarkeit kann also das berechtigte Grundstück von den Legal-Servituten, durch welche es um des nunmehr dienenden Grundstücks willen beschränkt ist, freigemacht werden. Dabei ist hauptsächlich an die Fälle gedacht, daß ein Grundeigentümer durch eine Dienstbarkeit verpflichtet werden kann, eine Immission in seinen Luftraum zu dulden, die er sich sonst kraft der Legal-Servitut verbitten könnte.

Der Fiskus hatte z. B. Grundstücke nahe beim Bahnhof Grunewald an die Kurfürstendamm-Gesellschaft verkauft. Dann ließ er eine Anzahl von Bäumen abholzen, die zwischen dem Bahnhof Grunewald und den verkauften Grundstücken standen. Die Folge davon war, daß der Rauch von Lokomotiven auf die verkauften Grundstücke massenhaft hinüberdrang. Die Kurfürstendamm-Gesellschaft klagte auf Unterlassung der Immission, wurde aber abgewiesen, weil sie beim Erwerb dieser Grundstücke nahe beim Bahnhof Grunewald sich hätte sagen müssen, daß der verkaufende Fiskus diese Immission des Rauches vom Bahnhof her fortsetzen wollte. So ist also eine Grundgerechtigkeit hergestellt worden, die zwar in dem schriftlichen Kaufvertrage nicht ausdrücklich festgesetzt war, die aber doch — so sagt das Reichsgericht und vorher auch das Kammergericht — aus der Interpretation des schriftlichen

---

[1]) Gemeint ist eine Benutzung durch sichtbare Handlungen oder Anstalten. Im weiteren Sinne enthalten auch die Untersagungsrechte eine Benutzung der Beschaffenheit des dienenden Grundstücks, z. B. die Aussichtsgerechtigkeit. Auch bei ihnen liegt der genossene Vorteil in der Außenwelt, wenn er auch nicht in einer sichtbaren Ausübungstätigkeit besteht.

Vertrages sich ergab.[1]) Auch noch andere Aufhebungen solcher beschränkenden Legalservituten sollen der Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein können, etwa des Rechtes auf überfallende Früchte oder des Rechtes auf einen Notweg u. dgl. m.[2])

Dagegen kann nicht der Inhalt einer Grunddienstbarkeit eine Leistungspflicht des Belasteten sein. Das entspricht, obwohl es nicht ausdrücklich erklärt ist, dem römischen Satz: servitus in faciendo consistere nequit.[3]) Z. B. die Verpflichtung des Grundeigentümers seinen Garten in stand zu halten, damit der Nachbar eine schöne Aussicht von seinem Balkon habe, oder die Verpflichtung, in dem Garten Konzerte zu veranstalten, damit die Nachbarn die Musik genießen, könnten, nicht als Grunddienstbarkeit konstituiert werden. Nur die Pflicht zur Unterhaltung solcher Anlagen, die zur Ausübung einer Servitut gehören, kann nach § 1021 als Grunddienstbarkeit ausgemacht werden.

Durch § 1022 wird in einem Falle diese Unterhaltungspflicht sogar kraft Gesetzes bestimmt, nämlich bei einem Rechte, auf dem belasteten Grundstücke eine bauliche Anlage zu halten, die auf einer anderen zum belasteten Grundstücke ruht. Hier ist der Eigentümer des letzteren ipsa lege zur Instandhaltung der belasteten Anlage verpflichtet.[4]) Das ist die Generalisierung dessen, was wir im römischen Recht bei der servitus oneris ferendi finden, daß der belastete Grundeigentümer das Bauwerk, auf dem die Last ruht, auch

---

[1]) Der Servitut birgt hier ein Verbietungsrecht in sich; dem Nachbarn wird die volle Eigentumsausübung verboten.

[2]) Damit sind die Legalservituten grundsätzlich und im Zweifel dem abänderlichen jus privatum zugewiesen, obwohl ihre Erhaltung sich auch zum Besten des Nationalvermögens rechtfertigen ließe und dann juris publici sein würde.

[3]) Auch da, wo eine Dienstbarkeit dem Berechtigten ein Handeln auf eigenem Boden gestattet, z. B. das Bauen über eine gewisse Höhe hinaus, ist sie keine servitus in faciendo, sondern nur eine servitus in prohibenda prohibitione, auf Verhinderung eines Widerspruchs. Das Bauen selbst geschieht dann auf Grund des Eigentumsrechtes.

[4]) Die belastende Anlage unterliegt dagegen nach § 1020 der Erhaltungspflicht des Dienstbarkeitsberechtigten, soweit das Interesse des Eigentümers es erfordert. Streitig ist hierbei die entsprechende Anwendbarkeit der Vorschriften über Reallasten (vgl. Biermann Anm. 1 b zu § 1020, der als Beispiel Röhrenleitungen erwähnt). Ich möchte sie nicht unbedingt verneinen. Von einer Eintragung dieses Nebenrechts kann nicht die Rede sein.

instand halten muß. Diese Leistungspflicht wird nach dem § 1021 Abs. 2 nach den Regeln einer Reallast behandelt. Sie ist eine akzessorische Last, welche an die dingliche Grunddienstbarkeit angeknüpft ist. Schon hier tritt hervor, daß die Pflicht zu einem facere nur in engen Grenzen anerkannt ist. Auch sonst muß man ein akzessorisches Tun einem belasteten Grundeigentümer zur Pflicht machen können. Z. B., daß bei einer Holzungsgerechtigkeit der Eigentümer des belasteten Grundstücks das Holz anweisen muß, das der Berechtigte dann schlagen darf. Das ist ebenfalls ein facere. Auch diese Handlung muß m. E. einen Bestandteil der Grunddienstbarkeit bilden können.

In Berlin ist bei Grundstücken eine Servitut nicht selten, vermöge deren der Eigentümer dulden muß, daß der Nachbar, der mit seinem Grundstück nicht unmittelbar an die Straße stößt, über das erste Grundstück von der Straße auskommend hinweggehen darf, um das seinige zu erreichen. Der Eigentümer des herrschenden Grundstücks kann in solchem Falle wohl auch verlangen, daß ihm die Gittertüre aufgeschlossen wird, die er passieren muß, um zu seinem Grundstück zu gelangen. Daß dies nicht mehr als Bestandteil einer Grunddienstbarkeit ausbedungen werden könne, ist wohl zu verneinen. Solch ein akzessorisches facere macht nicht einen wesentlichen Inhalt der Grunddienstbarkeit aus, sondern nur eine Ergänzung derselben.[1]) Darum wird man, obwohl sie im § 1018 nicht berücksichtigt ist, sie auch für die Zukunft als zulässig bezeichnen müssen.

Immer aber muß, da das B.G.B. doch von einem Grundstück als herrschendem und einem ganzen Grundstück als dienendem redet, das eine und das andere individuell bestimmt sein. Danach ist es nicht mehr zulässig, was nach dem bisherigen Recht auch das Reichsgericht für möglich erklärt hat, daß eine Grunddienstbarkeit einem Grundstück zu Gunsten eines ganzen Stadtbezirkes auferlegt wird, ohne daß ein herrschendes Grundstück genauer abgegrenzt ist. Bei dem Badeorte Elgersburg in Thüringen hatte ein Baron einen Berg mit darauf stehendem Schloß gekauft und sich verpflichtet, die Wasserleitung zu

[1]) Die akzessorische Natur dieses Nebenrechts würde sich darin zeigen, daß es mit dem Hauptrechte steht und fällt und nur insoweit gilt, als dieses Kraft hat. Darüber, daß die Regeln über Reallasten hier entsprechend anwendbar sind, vgl. Biermann, Anm. 1 b zu § 1022, und daselbst Literatur über die Frage, ob solche Nebenpflichten einzutragen sind. Biermann will sie mit Recht durch einen bloßen Vermerk bei dem Dienstbarkeitsrechte, an dem sie hängen, eintragen lassen.

dulden, die vom Berge hinunter in die Stadt Elgersburg führte. Außerdem sollte er verpflichtet sein, die in dem Turm des Schlosses angebrachte Uhr in Stand zu halten, damit die Elgersburger an dieser Uhr immer die Zeit sehen könnten. Nachdem er in den Besitz gesetzt war, bestritt er beide Verpflichtungen. Die Wasserröhre wollte er nicht mehr dulden, weil kein herrschendes Grundstück bezeichnet war, das Instandhalten der Uhr nicht mehr besorgen, weil eine Verpflichtung zu einem facere als Grunddienstbarkeit überhaupt nicht festgesetzt werden könne.[1]) Das Reichsgericht hat ihn in beiden Beziehungen verurteilt, mit der Begründung, daß das Territorium der Stadt Elgersburg das herrschende Grundstück sei und nicht genauer bestimmt zu werden brauche. Vom Standpunkt des B.G.B. würde die Entscheidung viel Schwierigkeiten machen, denn daß ein Grundstück als herrschendes bezeichnet war, wird man kaum behaupten können.[2]) Das ist ein weiterer Beleg für die enge Eingrenzung der Grunddienstbarkeiten im B.G.B.[3])

Die Grunddienstbarkeit muß nach § 1019 dem herrschenden Grundstück nützlich sein, sein Interesse befriedigen, „debet esse fundo utilis".[4]) § 1019 lautet: „Eine Grunddienstbarkeit kann nur in einer Belastung bestehen, die für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten Vorteile bietet. Über das sich hieraus ergebende Maß hinaus kann der Inhalt der Dienstbarkeit nicht erstreckt werden." Selbst wenn man hier die Worte „Vorteil für die Benutzung" im weiten Sinne nimmt, ist es doch immer eine recht enge Begrenzung, daß sie über das Maß dieser Utilität nicht hinausgehen darf. Aber man ist wohl daran gebunden und wird nicht noch einen weiteren Schritt tun dürfen, wie es einige neuere Juristen getan haben, z. B. Kohler, der doch sonst sehr vorurteilsfrei und unbefangen in der Beurteilung der Gesetze zu sein pflegt (Archiv für civilistische Praxis Bd. 87 S. 157). Er will auch noch das römische Requisit der causa perpetua festhalten, also eine dauernde Kraft des dienenden Grundstücks, die in der natürlichen

[1]) Auf diesen letzteren Punkt geht Eck nicht ein. M. E. wäre seinethalben die Abweisung berechtigt gewesen, sofern nicht die Entstehungsbedingungen einer Reallast vorlagen.

[2]) Man könnte jedes der beteiligten Grundstücke als herrschendes bezeichnen, also eine aktive Korrealservitut annehmen.

[3]) Vgl. Prot. III S. 437 ff. und dazu Biermann, Anm. 1 zu § 1018. Für eine Gemeindemarkung kann nach B.G.B. eine Dienstbarkeit nicht bestellt werden, wohl aber nach Art. 184 E.G. fortdauern.

[4]) Vgl. oben zum Erbbaurechte S. 208 Anm. 6.

Beschaffenheit desselben wurzelt, und das weitere Requisit der Vicinität in unser B.G.B. hineingetragen wissen.[1]) Dafür gibt aber das B.G.B. gar keinen Anhalt. Warum soll z. B. nicht ein Flußanlieger für ein viel weiter oben am Flusse gelegenes Grundstück die Grunddienstbarkeit dahin bestellen können, daß der Oberlieger nicht stauen darf, weil dem Unterlieger sonst das Wasser ausbleibt.[2]) Der Flußanlieger ist vielleicht ein Müller, für den das von größter Wichtigkeit ist, weil er das Wasser zum Mahlen braucht. Da bedarf es keinerlei Vicinität. Man wird den § 1019 eher extensiv als intensiv interpretieren müssen. Kohler macht freilich noch eine Ausnahme für eine Leitung. Wenn am Niagarafall[3]) Elektrizitätswerke errrichtet werden sollten, so soll ich hier in Berlin kein Servitut haben können, von den dort bestehenden elektrischen Etablissements den Strom nach Berlin zu leiten. Damit ist der behaupteten Regel ein weitgehender Vorbehalt beigefügt.[4])

Nach § 1020 hat der Berechtigte auch das Interesse des belasteten Eigentümers tunlichst zu schonen. Das ist wieder eine Übersetzung aus den Pandekten: „civiliter uti debet".[5]) Im einzelnen folgen daraus die Sätze der §§ 1023 und 1024. Der Berechtigte muß sich unter Umständen auch eine Verlegung gefallen lassen, z. B. eines Weges über das dienende Grundstück.[6]) Bei einer Kollision mit gleichen Rechten anderer muß er eine billige Regelung der Ausübung nach § 1024

---

[1]) Aus dem praedio utilis esse debet muß m. E. in der Regel eine gewisse Vicinität (nachbarliche Lage) folgen, wenn auch vielfach kein Aneinanderstoßen der beiden Grundstücke.

[2]) Die Wasserrechtsfragen eignen sich m. E. nicht zu allgemeinen Beispielen. Sie unterliegen besonderen Gesichtspunkten. — Im Übrigen ist Eck darin beizutreten, daß Vicinität als solche vom B.G.B. nicht verlangt wird.

[3]) In dessen Gebiet hier die Geltung des B.G.B. zu Belehrungszwecken fingiert wird.

[4]) Eck meint hier mit Recht, daß man das besondere Erfordernis der nachbarlichen Lage entweder voll oder garnicht anzuerkennen habe.

[5]) Biermann, Anm. 1 zu § 1020 rechnet dahin auch die zweifellos richtige Entscheidung, daß der zu einem Privatwege Berechtigte keine Tafel errichten darf, auf der dieser Weg als öffentlicher bezeichnet wird. Dies ist jedoch kein incivilitor uti, sondern überhaupt kein uti des Rechts. Diese Handlung liegt gänzlich außerhalb des Servitutinhalts.

[6]) Dieses Verlegungsrecht ist auf eine Verlegung der Dienstbarkeit über ein anderes als das belastete Grundstück nicht auszudehnen. Entsch. Bd. 50 Nr. 8 S. 32.

dulden.[1]) Das sind alles Sätze, welche eine Überlastung des dienenden Grundstücks verhindern sollen.

Der Hauptpunkt aus der ganzen Lehre von den Grunddienstbarkeiten ist die Frage nach der Entstehung. In Preußen galt einstmals auch für die Grunddienstbarkeiten der Eintragungszwang (Preuß. L.R. I 22 §§ 16—24). Diese Bestimmung wurde aber bereits im Jahre 1798 durch einen Anhangsparagraphen und auch durch eine besondere Kabinettsordre wieder aufgehoben. Seitdem haben wir den Eintragungszwang nicht mehr. Das B.G.B. sagt über die Entstehung von Grunddienstbarkeiten nichts. Also ist nach der allgemeinen Regel des Grundbuchrechts aus § 873 die Einigung der beteiligten Personen über die Eintragung erforderlich. Die Einigung braucht freilich nicht, wie in Preußen jetzt vorgeschrieben ist, schriftlich zu geschehen, aber diese Erleichterung, die durch Abschaffung der Schriftform erzielt war, wird durch den Eintragungszwang weit überwogen.[2]) Ebenso ist zur Aufhebung einer Grunddienstbarkeit künftig nicht bloß der Verzicht des Berechtigten, sondern auch die Löschung erforderlich. Dagegen kann nach dem B.G.B. eine Grunddienstbarkeit nicht mehr durch Ersitzung entstehen, ausgenommen durch Tabularersitzung, die in Übereinstimmung mit dem Grundbuch erfolgt. Dadurch wird offenbar die Entstehung von Grunddienstbarkeiten erschwert, ebenso auch ihre Abänderung und Aufhebung. Man kennt die Abneigung der Landleute gegen Schritte beim Gericht. Es werden infolgedessen künftig unzählige Grunddienstbarkeiten, die bestellt werden, rechtlichen Bestand nicht erlangen,[3]) weil man die Eintragung nicht verlangen und diese deshalb unterbleiben wird.

Freilich enthält für die unzähligen jetzt bestehenden Grunddienstbarkeiten das Einführungsgesetz Art. 187 eine Befreiung von dem Eintragungszwang. Der Entwurf I wollte auch alle bestehenden Grunddienstbarkeiten eingetragen wissen, was ja eine noch tiefer einschneidende Maßregel gewesen wäre und zu unabsehbaren Streitigkeiten geführt

[1]) Die Pflicht und Möglichkeit der Eintragung ist in diesen Fällen streitig. Literatur s. bei Biermann. Sie ist wohl nur insoweit nötig, als ohne sie der Grundbuchinhalt unrichtig sein würde. Zulässig ist sie m. E. immer.

[2]) Die Grenzen dieses Eintragungszwanges sind vielfach zweifelhaft, wie sich aus Anmerkung 1 ergibt. Vgl. auch Seite 214 Anm. 1.

[3]) Durch Schaden belehrt wird schließlich wohl auch die Landbevölkerung sich dem neuen Zwange fügen.

hätte, da bei jeder bestehenden Grunddienstbarkeit der Umfang genau hätte fixiert werden müssen, bevor sie eingetragen worden wären. Jedoch kann jeder der Beteiligten die Eintragung auf seine Kosten verlangen und ein Landesgesetz kann die Eintragung sogar vorschreiben, was hoffentlich in Preußen nicht geschehen wird. Jedenfalls wird der Beweis für die einstige Entstehung der jetzt vorhandenen Dienstbarkeiten durch den Wegfall der Ersitzung ganz außerordentlich erschwert. Wer weiß denn nicht, daß bei allen Grunddienstbarkeiten, die nicht schriftlich bestellt sind, für die also ein schriftlicher Vertrag nicht beigebracht werden kann, bisher der Beweis ihres Vorhandenseins durch die Ersitzung ersetzt wurde? Das kann künftig nur noch kraft einer vor dem Jahre 1900 vollendeten Ersitzung geschehen. Eine solche Ersitzung, die vor dem Jahre 1900 bereits vollendet war, wird aber allmählich immer schwerer darzutun sein, mit der Zeit schließlich gar nicht mehr. Wer wird denn im Jahre 1950 oder 1960 noch beweisen können, daß eine Ersitzung seiner Servitut schon am 31. Dezember 1899 vollendet war? Damit wird den bestehenden Servituten, die nicht durch schriftlichen Vertrag gesichert sind, durch die Neuerung des B.G.B. die Axt an die Wurzel gelegt.

Die Aufhebung der Grunddienstbarkeiten erfolgt nach den allgemeinen Regeln durch Verzicht und Löschung. Eine geringfügige Erleichterung, die der Reichstag hineingebracht hat, enthält § 1028. Auch bei einer eingetragenen Grunddienstbarkeit erlischt der Anspruch auf Beseitigung einer jene Grunddienstbarkeit beeinträchtigenden Anlage durch Verjährung in 30 Jahren, und insoweit als dieser Anspruch auf Beseitigung der hemmenden Anlage verjährt ist, soll zugleich die Grunddienstbarkeit selber erloschen sein. Noch mehr! Auch dritten redlichen Erwerbern soll die Fiktion für die Richtigkeit des Grundbuchinhalts aus § 892 in diesem Falle nicht zugute kommen. Wenn also eine Wegegerechtigkeit durch einen Zaun oder eine Mauer beeinträchtigt wird, die errichtet worden sind, so verjährt der Anspruch auf Wegreißung dieses Zaunes oder der Mauer in 30 Jahren, soweit zugleich die Grunddienstbarkeit miterloschen ist.[1])

[1]) Wo ein derartiger Zaun im Widerspruch mit dem Grundbuchinhalte steht, wird sich der Käufer des herrschenden Grundstücks nach seinem Alter erkundigen müssen. Der Gedanke der neuen Vorschrift ist ein verblaßter Überrest der Ziele, die der non usus einstmals allgemein verfolgte: Beseitigung der Dienstbarkeiten, denen dem Anscheine nach ein lebhaftes Bedürfnis nicht entsprechen kann.

Besondere Vorschriften sind in den §§ 1025 und 1026 für die Teilung des herrschenden und des dienenden Grundstücks getroffen. Es gilt hier der römische Satz: „servitus omnes partes fundi sequitur." Es tritt eine Vervielfältigung der Servitut ein, wenn das eine oder das andere Grundstück parzelliert wird; nur mit der Ausnahme, die § 1025 am Schluß hinzufügt: gereicht die Dienstbarkeit nur einem der Teile zum Vorteil, so erlischt sie für die übrigen Teile.[1])

Man erwartet vielleicht eine Entscheidung der unlängst in Prozessen viel verhandelten Frage, wie es zu halten sei, wenn das Bedürfnis des herrschenden Grundstücks sich vermehrt; ob dann auch die Belastung des dienenden wächst. Das B.G.B. schweigt darüber. Dernburg[2]) sagt, daß dann die dienende Sache auch den gesteigerten Ansprüchen unterliege. Das ist aber doch in hohem Maße bedenklich, auch das Reichsgericht hat das nicht angenommen.[3]) Die Abwässer der Stadt Bernburg sollten von einem Grundstück aufgenommen werden. Da nun die Stadt Bernburg wuchs, so wurden die Abwässer immer massenhafter auf das Gut abgeführt. Deshalb wurde vom Reichsgericht die Berechtigung der Inhaberin dieser Grunddienstbarkeit verneint. Ebenso ist in dem berühmten Prozeß des Kantons Bern gegen die Schweizer Centralbahn von dem Schweizer Gericht erkannt worden.[4]) Die Schweizer Centralbahn war mit der Servitut belastet auf dem Felde vor der Stadt Bern, durch das die Eisenbahn hindurchfährt, die fortgesetzten Schießübungen der Schweizer Soldaten zu dulden. Um diese ungefährlich zu gestalten, hatte man eine Wand errichtet, welche die Züge davor schützte, von Kugeln getroffen zu werden. Über diese Wand wurden die Schießübungen fortgesetzt; so daß die Kugeln nach einem Ziel auf der andern Seite der Bahn gerichtet wurden. Jetzt aber wurden die Schießübungen in der Weise verfeinert, daß die

[1]) Zweifelhaft ist, ob auch bei Teilbarkeit der Dienstbarkeitsansprüche (z. B. einem Weiderecht für eine Anzahl von Schafen) jeder Eigentümer eines Teiles des herrschenden Grundstückes das volle Recht habe. So Biermann zu § 1025 gegen Dernburg und Kober. M. E. greift auch hier der Satz Platz: „Gereicht die Dienstbarkeit nur einem der Teile zum Vorteile, so erlischt sie für die übrigen Teile", § 1025 Anm. 2. Der Vorteil spaltet sich und der Anteil eines jeden an ihm macht die Rechte der anderen an diesem Anteile erlöschen.

[2]) Bürg. R. Bd. I S. 477 § 167 I.

[3]) Entsch. d. R.G. Bd. I Nr. 122 S. 331.

[4]) Literatur bei Dernburg a. a. O. S. 477 Anm. 1.

Schweizer Soldaten lernen mußten, auf dem Bauche liegend zu schießen. Da war die Wand, die die Centralbahn errichtet hatte, ein Hindernis für das Erkennen der Schießscheiben, die auf der anderen Seite der Bahntrace lagen. Darauf klagte die Stadt Bern gegen die Centralbahn, darauf Einrichtungen zu treffen, daß die Übungen der gesteigerten Schießkunst der neueren Zeit entsprechend fortgeführt werden könnten. Sie brauche bloß die Trace tiefer zu legen. Das würde freilich einige Millionen kosten, aber den erwähnten Zweck ermöglichen. Nach Dernburgs Ausführungen würde die Centralbahn verurteilt werden, ich glaube nicht, daß das richtig ist. Es kann m. E. der Inhalt einer Grundgerechtigkeit nicht über das ursprüngliche durch das Bedürfnis gegebene Maß erweitert werden. Darum würde in jenem Falle die Stadt Bern abzuweisen sein.

Endlich hat nach § 1027 gegen jede Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit der Berechtigte denselben Anspruch, wie der Eigentümer mit der actio negatoria.[1]) Dieselben Regeln wiederholen sich für die Servitutenklage oder die actio confessoria. Es wiederholt sich vor allen Dingen auch der Satz, daß die Feststellung des Servitutenrechtes nicht in der Klage auf Durchführung dieses Rechtes enthalten ist, sondern, wenn der Servitutenkläger sie erzielen will, so muß er eine selbständige Feststellungsklage mit seiner actio confessoria kumulieren.

Leider ist auch ein possessorischer Schutz gegen Störungen in der Ausübung der Dienstbarkeit (§ 1029)[2]) für den Besitzer des herrschenden Grundstücks gewährt, wenn für dieses Grundstück die Dienstbarkeit eingetragen ist. Das ist ein erheblicher Antrieb zur Eintragung. Ferner muß der Besitzer im letzten Jahre vor der Störung die Dienstbarkeit, sei es auch nur ein einziges Mal, ausgeübt haben. Diese juris quasi possessio erfordert also nicht gerade eine intensive Besitzausübung: nur einmal im letzten Jahre wird sie bei einer Wegegerechtigkeit wie bei einem Wasserbezugsrecht verlangt. Freilich ist um so strenger das Erfordernis des Eintragungszwanges.

---

[1]) Die Analogie der rei vindicatio ist nur bei persönlichen Servituten am Besitz denkbar. Die Aufführung eines Baues, der einer Dienstbarkeit widerspricht, ist nicht ohne weiteres als Überbau im Sinne des § 912 anzusehen. Entsch. d. R.G. Bd. 48 Nr. 56 S. 263.

[2]) Vgl. hierzu Fischer, Handausg. 4 und Biermann, Anm. 4 zu § 1029. Es ist nicht ganz zweifellos, inwieweit hier die Vorschriften über den Sachbesitz eine entsprechende Anwendung vertragen.

Nicht bloß der Servitutberechtigte wird diese Klage erheben können, sondern jeder Besitzer des herrschenden Grundstücks, also auch der Pächter, der Mieter und der Kommodatar.[1]) Diese alle haben die Besitzklage, also auch die Klage aus § 1029. Die Besitzer haben außerdem auch die Besitzselbsthilfe. Wenn z. B. der Pächter des herrschenden Grundstücks im Laufe des letzten Jahres eine Servitut ausgeübt hat und sie wieder ausüben will, der Eigentümer des dienenden Grundstücks ihm aber entgegentritt, so kann er Selbsthilfe üben; denn er ist Besitzer. Dieses Recht auf Selbsthilfe, dessen Erwähnung hier nicht besonders wiederholt ist, folgt aus den Regeln über den Besitz im allgemeinen.[2])

Es ist noch hervorzuheben, daß die Landesgesetzgebungen auch den Inhalt der Grunddienstbarkeiten beschränken können und daß ihre Vorschriften darüber unberührt bleiben.[3]) Daher steht im B.G.B. nichts über alle jene Einzelheiten, die im Pr. L.R. bei den Grunddienstbarkeiten, z. B. den Holzungsgerechtigkeiten, den Weidegerechtigkeiten u. s. w. vorgeschrieben sind. Diese Vorschriften des Pr. L.R. werden also auch in Zukunft Geltung behalten.[4])

§ 25.

4. Nießbrauch.

Der Nießbrauch ist im B.G.B. mit ebensoviel Vorliebe behandelt wie die Grunddienstbarkeiten mit Mißgunst.

Der Nießbrauch an Sachen ist zunächst in den §§ 1030—1067 normiert.[5]) Er ist das Recht an einer fremden Sache auf Bezug ihrer Nutzungen, aller Nutzungen oder einzelner. Nach § 1030 kann der Nießbrauch durch den Ausschluß einzelner Nutzungen beschränkt

---

[1]) Gegen diese weite Ausdehnung der Klage, die auch von Dernburg befürwortet ist (Bürg. R. § 174 S. 495 ff.), erklärt sich Biermann zu § 1027. Er will den im Texte erwähnten Berechtigten mit anderweitigen Rechtsmitteln helfen.

[2]) Es hängt wohl alles davon ab, wie man das Wort Besitzschutz deutet.

[3]) Vgl. das preuß. A.G. Art. 89 Nr. 16, E.G. Art. 62, 65, 73, 83, 96, 113, 114, 118.

[4]) Vgl. hierzu Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht II S. 498 ff. über das maßgebende preußische Recht.

[5]) Das Pfründenrecht ist dem Landesrecht vorbehalten, Art. 80, 2 E.G.

werden. Es können Weidenutzungen, Wassernutzungen u. dgl. m. vom Nießbrauch ausgeschlossen werden.[1])

Die Begründung des Nießbrauches kann auf zweierlei Weise geschehen:

1. Durch Vertrag. Bei Grundstücken muß nach der allgemeinen Regel des § 873 zu dem dinglichen Vertrag die Eintragung hinzukommen und bei Mobilien die Übergabe (§ 1032).

Ebensowenig wie ein bloßer Vertrag zur Erzeugung des Nießbrauches genügt, kann ein bloßes Vermächtnis genügen. Wenn ein Nießbrauch vermacht ist, kann der Vermächtnisnehmer von dem Belasteten die Vollziehung der Eintragung oder genauer seine Zustimmung zur Eintragung verlangen.

Die Abkürzungen, die für die Übergabe überhaupt gelten, wiederholen sich auch hier gerade wie beim Eigentum: traditio brevi manu, constitutum possessorium und Anspruchsabtretung. Nach demselben § 1032 gilt auch hier der Erwerb des Rechtes für denjenigen, der im guten Glauben von einem nicht Berechtigten sein Recht ableitet.

2. Die Ersitzung gilt hier nach § 1032 bloß bei beweglichen Sachen, bei unbeweglichen ist sie ausgeschlossen.

Die Rechte des Nießbrauchers umfassen nach den §§ 1036, 1037 den Besitz der Sache und auch die Nutzung. Jedoch hat der Berechtigte die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrecht zu erhalten und ordentlich zu wirtschaften. Er darf daher die Sache nicht umgestalten oder wesentlich verändern (§ 1037).

Die „bisherige Wirtschaftsbestimmung der Sache" kann mannigfach gedeutet werden.[2]) Eine Änderung der Wirtschaftsbestimmung liegt z. B. vor, wenn der Nießbraucher aus einer Sache, die bisher nur

[1]) Biermann bemerkt zu § 1030: „Einzelne Nutzungen können dem Rechte des Nießbrauchers entzogen werden, doch darf er nicht auf einzelne Nutzungen beschränkt werden."

[2]) Literatur s. b. Biermann, Anm. 3a zu § 1036. Eine scharfe logische Grenze zwischen Änderungen, die die bisherige Wirtschaftsbestimmung schonen und solchen, die sie ändern, läßt sich nicht ziehen. Einziger fester Punkt ist hier das Bedürfnis des Eigentümers (oder seines Erben), die Sache am Ende des Nießbrauches genau zur Befriedigung derselben Bedürfnisse weiter benutzen zu können, die er (oder sein Erblasser) vorher befriedigt hatte. Diese Hoffnung soll der Nießbraucher nicht vereiteln. Offenbare Verbesserungen sind ihm daher nicht verwehrt, wenn sie den Wünschen des Eigentümers nicht widerstreben.

dem Luxus diente, nunmehr plötzlich einen Fruchtertrag zieht.[1]) Wenn jemand etwa einen Park in ein Kohlfeld verwandeln wollte, oder eine Villa in eine Herberge, so wäre das eine Änderung der wirtschaftlichen Bestimmung. Es wird das aber nicht der Fall sein, wenn eine ohnehin schon zum Ertrag bestimmte Sache in anderer Weise vom Nießbraucher ausgenutzt wird. In den Protokollen[2]) kommt ein auch in der Literatur benutztes Beispiel vor: Wenn jemand den Nießbrauch an einer Fabrik bekommt, in der bisher Lokomotiven fabriziert wurden, und nun Kriegsmaterial, Kanonen, fabriziert, so ist das keine Änderung der wirtschaftlichen Bestimmung; denn die Sache wird nur zu einem Ertrag anderer Art benutzt.[3])

Wenn der Nießbraucher Früchte im Übermaß zieht, so würde er nach § 1039 doch Eigentümer derselben, er muß sie nur beim Ende des Nießbrauchs ersetzen und auf Verlangen für diesen Ersatz im voraus Sicherheit leisten. Es besteht also für eine Überschreitung der Nießbrauchbefugnis nur eine obligatorische Schranke, nicht eine dingliche. Das ist eine Folge des weiten Fruchtbegriffes, den das B.G.B. aufgestellt hat. Wenn also z. B. der Nießbraucher, wie Dernburg[4]) sagt, Obstbäume vom Grundstück ausreißt und als Holz verkauft, so kann ihm der Eigentümer das Ausreißen der Obstbäume nicht verwehren; denn sie sind ja Früchte, weil sie Erzeugnisse des Grundstücks sind. Er überträgt das Eigentum auch auf den Käufer. Ja, wenn er einen Wald, der auf dem Nießbrauchgrundstück steht, abholzt, und einem Spekulanten verkauft, der ganz genau weiß, daß sein Verkäufer damit Raubwirtschaft treibt, so wird doch der Nießbraucher Eigentümer der abgeholzten Stämme und der Käufer ebenso Eigentümer nach ihm. Den weiten Fruchtbegriff hielt man für durchaus nötig, damit der

[1]) D. h. in der Regel nur, daß er sie zu dem Zwecke dieser Fruchtziehung nicht umgestalten soll. Eine bloße Vermietung der Luxussache kann nicht unbedingt ausgeschlossen werden, sofern die Abnützung der Sache dadurch keine Änderung erleidet. Auch kann die Benutzung eines Küchenschrankes zum Bücherschrank dem Nießbraucher nicht verwehrt werden, wohl aber die Benutzung eines kostbaren Bücherschranks als Küchenschrank. Die Vorschriften der §§ 1037 u. 1038 bezwecken wohl nur, in besonders wichtigen Fällen den vermutlichen Willen der Grundeigentümer gesetzlich festzulegen.

[2]) S. 4071, 8569, vgl. Dernburg, Bürg. R. Bd. III § 187 S. 521.

[3]) Wenn hierzu eine Änderung der Fabrik nötig wird, die sie zu dem alten Betriebe untauglich macht, so ist m. E. dem nicht beizustimmen.

[4]) B.G.B., 2. Aufl. Bd. III. § 187, 3 S. 521.

dritte Erwerber objektive Kennzeichen habe, ob der Nießbraucher Eigentümer sei oder nicht. Der dritte Erwerber soll eben nicht erst zu prüfen haben, ob der Fruchtbezug ein ordnungsmäßiger wäre, darum müsse man die Früchte ganz generell, wenn sie nur Erzeugnisse des Grundstücks seien, in das Eigentum des Nießbrauchers und seines Rechtsnachfolgers fallen lassen. Daß das sehr überzeugend wäre, wird man nicht sagen können, denn redliche dritte Erwerber werden schon als redliche Erwerber geschützt. Es ist kein Bedürfnis vorhanden, einen Spekulanten, der mala fide erwirbt, im Eigentumserwerb zu schützen.[1]) Aber lex ita scripta est.

Dem Recht des Nießbrauchers entspricht die gesetzliche Pflicht, für die gewöhnliche Unterhaltung der Sache zu sorgen, §§ 1041—1044. Sie braucht nicht erst durch eine cautio fructuaria künstlich geschaffen zu werden, sondern besteht ipsa lege. Weiter muß der Nießbraucher nach §§ 1045 und 1046 die Sache gegen Unfälle unter Versicherung bringen und zwar so, daß die Forderung gegen den Versicherer dem Eigentümer zusteht; er muß also zu Gunsten des Eigentümers Versicherung nehmen. Das war auch bisher schon in der Praxis üblich.[2])

Recht auffällig klingt die Bestimmung des § 1046 „An der Forderung gegen den Versicherer steht dem Nießbraucher der Nießbrauch nach den Vorschriften zu, die für den Nießbrauch an einer auf Zinsen ausstehenden Forderung gelten." Es klingt wunderbar, daß die offenbar unverzinsliche Forderung mit einer verzinslichen paralleliſiert wird. Es hat das folgenden Sinn: Bei einer verzinslichen Forderung wird der Nießbrauch wie eine unverbrauchbare Sache[3]) behandelt, sodaß der Nießbraucher nicht kündigen und das Kapital nicht einziehen kann. Ebensowenig wie bei einer Kapitalforderung soll er nunmehr auch bei

[1]) Die außerordentliche Weite des Fruchtbegriffs im B.G.B. läßt sich auch noch auf andere Weise erklären, vgl. des Herausgebers allgemeinen Teil S. 168 ff. Für die von Eck getadelte Vorschrift kann man geltend machen, daß die Grenze zwischen Raubbau und ordentlicher Wirtschaft eine fließende ist und es immerhin im Interesse der Rechtssicherheit vorteilhaft ist, wenn sie dritten Erwerbern gegenüber keine Rolle spielt.

[2]) Vgl. über die hieraus entspringenden eigenartigen Rechtsverhältnisse: Jul. Gierke, Iherings Jahrbücher Bd. 40 S. 341 ff. Einzelne Zweifelsfragen erörtert Biermann, Anm. 1 zu § 1045.

[3]) Damit soll wohl nur gesagt werden, daß die Zinserzeugungskraft der Schuld nicht durch Beitreibung verbraucht werden soll.

einer Forderung auf eine Assekuranzsumme ein Einziehungsrecht haben. Er kann, wie wir später sehen werden, nur mit dem Eigentümer zusammen die Versicherungssumme erheben, die dann für das Grundstück verwendet werden muß. Die Versicherungspflicht ist freilich nur ausgesprochen, soweit sie zu einer ordnungsmäßigen Wirtschaft gehört.

Der Nießbraucher hat die auf der Sache ruhenden Lasten zu tragen, nicht bloß die öffentlichen, sondern auch die privaten Lasten, die schon bei der Bestellung des Nießbrauchs auf der Sache ruhten, namentlich die Zinsen von Hypotheken und Grundschulden, sowie die aus einer Rentenschuld zu entrichtenden Leistungen. Wenn es eine Eigentümerhypothek ist, so wird die Frage, ob der Nießbraucher auch dann die Hypothekenzinsen zu entrichten habe, von den meisten bejaht. Wenn der Eigentümer den Zinsfuß nachträglich erhöht, z. B. so generös ist, die Hypothek die er bisher nur mit 4 Prozent zu verzinsen brauchte, zu Gunsten des Hypothekengläubigers auf 5 Prozent zu steigern, so nehmen die meisten gegen Fischer[1]) an, daß der Nießbraucher die höheren Prozente bezahlen müsse.

Eine freiere Befugnis als bisher gibt der Nießbrauch an einem Grundstück samt Inventar nach § 1048. Hier wird wie bei dem römischen usus fructus gregis ein Rechtsverhältnis statuiert, das Kohler mit dem Namen „Dispositionsnießbrauch" benannt hat.[2]) Es kann der Nießbrauch über die einzelnen Stücke in der Grenze einer ordentlichen Wirtschaft verfügen. Er muß dann aber neue Stücke anschaffen und diese werden Eigentum des Inventareigentümers, was gewiß dem praktischen Bedürfnis entspricht. Aber das eine fällt auf, daß hier das B.G.B. auf einmal an dem Kriterium keinen Anstoß nimmt: „der Grenzen einer ordentlichen Wirtschaft". Wenn oben[3]) zum Schutz eines dritten Spekulanten dieses subjektive Kriterium einer ordentlichen Wirtschaft nicht in das B.G.B. aufgenommen werden durfte, so hätte doch auch hier ein blos objektives Kriterium not getan. Aber hier geht es ohne das.[4])

[1]) Fischer, Anm. 4 zu § 1047, Literatur s. bei Biermann zu § 1047, b, wonach Fischer mehrfach Zustimmung gefunden hat. Nach seiner Meinung wird das dem Eigentümer gegebene Zinserhöhungsrecht durch die Nießbrauchbestellung beeinträchtigt. Vorsichtige Nießbrauchsbesteller werden gut tun, es sich bei der Bestellung vorzubehalten.

[2]) Iherings Jahrbücher Bd. 24 Nr. 4 S. 187 ff.

[3]) bei dem Fruchterwerb S. 223.

[4]) Die Gefahr für den Eigentümer, durch Mißbrauch der Befugnisse des Nieß-

Auch bisher hat man wohl angenommen, daß die an Stelle der durch Verfügung weggekommenen Stücke angeschafften neuen in das Eigentum des Inventareigentümers fielen. Man hat das aber sehr künstlich mit einem constitutum possessorium konstruieren müssen. Dieser künstlichen Konstruktion enthebt uns der § 1048.[1])

Es fragt sich, ob der Eigentümer nicht, wie nach gemeinem Recht, vom Nießbraucher eine Sicherheitsleistung verlangen kann. Keineswegs in allen Fällen, sondern nach § 1051 nur dann, wenn er eine erhebliche Verletzung seiner Rechte zu besorgen hat. Nur wenn er diese Besorgnis begründet, kann er auf Sicherstellung klagen. Leistet der Nießbraucher die Sicherstellung trotz seiner gerichtlichen Verurteilung und einer ihm gesteckten Frist nicht, so kann der Eigentümer sogar verlangen, daß das Gericht die Ausübung des Nießbrauches einem Verwalter übertrage.[2]) Aber der Nießbraucher kann diesen ihn lästigen Verwalter durch nachträgliche Sicherheitsleistung (§ 1052) wieder beseitigen.

Eine sehr wichtige Frage ist die, ob der Nießbrauch übertragbar sei oder nicht. Das römische Recht verneint das bekanntlich, nur der Ausübung nach ist er es.[3]) Der Entwurf I schloß sich dem preußischen

---

brauchers geschädigt zu werden, ist hier noch erheblich größer, als bei der bloßen Fruchtziehung, deshalb wollte das Gesetzbuch nicht davon absehen, diese Befugnisse in die Regeln der ordentlichen Wirtschaft einzuschränken. Es ist übrigens streitig, ob nicht der Nießbraucher, der bei der Veräußerung der Inventarstücke die Grenzen der ordentlichen Wirtschaft überschreitet, dennoch Eigentum verleiht. Ich möchte dies mit Eck gegen Biermann, Anm. 1 zu § 1048 verneinen. Eine Mittelmeinung s. bei Planck, Bem. 2a zu § 1048.

[1]) Insoweit hier der Tatbestand eines constitutum possessorium vorliegt, wird er durch § 1048 jedenfalls nicht aus der Welt geschafft werden. Doch kann diese Frage hier dahingestellt bleiben.

[2]) Das Prozeßgericht. Wenn kein Prozeß vorschwebt, soll nach Biermann, Anm. 1 zu § 1052 das Vollstreckungsgericht eintreten, damit nicht der Eigentümer ohne Not zu einem Prozesse getrieben werde. Ich halte es für bedenklich, dies ohne gesetzlichen Anhalt anzunehmen.

[3]) Die römische übrigens nicht ganz strenge Redeweise (vgl. Windscheid-Kipp I § 205 S. 926) wollte der richtigen Meinung vornehmlich nach nur den zweifellosen Grundsatz feststellen, daß der Nachfolger des Nießbrauchers nach dessen Tode sein Recht verliert, also in Wahrheit nur ein fremdes Recht hat. Die Doktrin zog aber aus dieser Unübertragbarkeit des Rechts noch weitergehende Folgerungen. Das preußische Recht verwarf diese, das B.G.B. stellte sie wieder her. Eine wichtige Folgerung des § 1059 ist, daß das übertragene Ausübungsrecht nicht eingetragen zu werden braucht (Biermann zu § 1059) und der Eigentümer dann, wenn der Ausübende die Sache mißbraucht, sich an den wahren Nießbraucher halten darf

Recht an, das die Übertragbarkeit auch dem Rechte nach zuließ. Aber auf den Einspruch der Kritik ist das B.G.B. zum römischen Recht zurückgekehrt. § 1059 lautet: „Der Nießbrauch ist nicht übertragbar. Die Ausübung eines Nießbrauchs kann einem anderen überlassen werden." Gewiß ist das richtig. Die häufigsten Fälle des Nießbrauchs sind die testamentarischen Zuwendungen an einen überlebenden Ehegatten und bei der Gutsübergabe die Bestellung einer Leibzucht zu Gunsten des Auszüglers oder seiner Frau u. dgl. m. In diesen wichtigsten Fällen hat der Nießbrauch einen familiären Charakter und nicht den Charakter eines Handelsobjekts. Wollte man ihn für veräußerlich erklären, so käme man dahin, hier sogar für die Gläubiger des Nießbrauchers eine Zwangsvollstreckung in den Nießbrauch zuzulassen, mit der Wirkung, daß dieser verkauft werden könnte. Das würde bei Zuwendungen an den überlebenden Ehegatten geradezu anstößig sein. So ist das B.G.B. wohl mit Recht von der in der Theorie vielfach verlangten freien Veräußerlichkeit des Nießbrauchs wieder abgegangen. Jedoch bestimmt § 857 Abs. 3 der revidierten C.P.O., daß die Gläubiger nicht etwa von dem Zugriff auf den Nießbrauch ausgeschlossen sind: „Ein unveräußerliches Recht ist in Ermangelung besonderer Vorschriften der Pfändung insoweit unterworfen, als die Ausübung einem anderen überlassen werden kann." Das trifft ja gerade hier zu; denn die Ausübung kann einem anderen überlassen werden.[1])

Die Überlassung der Ausübung besteht bekanntlich meistens darin, daß der Nießbraucher vermietet oder verpachtet. Dann ist freilich die Stellung des Mieters oder des Pächters nur eine obligatorische, nicht eine dingliche. Aber es ist hier wieder daran zu erinnern, daß der Mieter oder Pächter Besitzer werden und also die Rechte aus dem Besitz haben kann. Außerdem bestimmt das Zwangsversteigerungsgesetz, daß Miete und Pacht auch gegen den Verwalter bei der Zwangsversteigerung wirksam bleiben. So sind also Mieter und Pächter, die

(Biermann a. a. O.). Von den Ansprüchen wegen Beeinträchtigung möchte ich meinen, daß sie mit dem Ausübungsrecht stillschweigend abgetreten werden. A. M. Biermann.

[1]) Der von Eck angegebene Grund kann somit für die Unveräußerlichkeit des Nießbrauchs nicht maßgebend gewesen sein. Wir müssen vielmehr als leitenden Gesichtspunkt des B.G.B. m. E. festhalten, daß die Rechte des Eigentümers gegen den Nießbraucher durch die Übertragung der Ausübung nicht geschmälert werden sollen, der Übertragende also verantwortlich bleibt.

von einem Nießbraucher die Ausübung seines Nießbrauchs überkommen haben, immerhin einigermaßen gedeckt. Wenn aber der Nießbraucher, der doch nur auf Lebenszeit beschränkte Rechte hatte, vor Ablauf der Miets- oder Pachtzeit stirbt oder sein Nießbrauch aus einem andern Grunde erlischt und dem Eigentümer heimfällt, so kann der Eigentümer nicht, wie nach römischem Recht, den Mieter sofort austreiben. Das wäre auch sehr gefährlich. Dann würde die Vermietung eines Rechtes kraft Nießbrauchs sehr schwierig werden, wenn der Mieter resp. Pächter riskiert beim Erlöschen des Nießbrauchs vom Eigentümer sofort exmittiert zu werden.[1]) Außerdem wäre eine Kollusion zwischen Eigentümer und Nießbraucher sehr leicht möglich. Letzterer braucht bloß auf den Nießbrauch zu verzichten, dann fiele er dem Eigentümer heim und dieser könnte den Mieter an die Luft setzen.[2]) Nicht so bestimmt das B.G.B. Vielmehr tritt der Eigentümer zunächst ebenso wie der Käufer eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks in das Miets- oder Pachtverhältnis ein, aber doch nicht ganz so wie ein Käufer. Der Eigentümer ist nämlich berechtigt, mit Innehaltung der gesetzlichen Frist dem Mieter oder dem Pächter, der sein Recht von einem Nießbraucher herleitet, zu kündigen (§ 1056).

Durch die Vereinigung von Nießbrauch und Eigentum in einer Hand wird also das Miets- oder Pachtverhältnis zu einem auf unbestimmte Zeit eingegangenen und der Eigentümer kann bei einem Grundstück für den Schluß eines Kalenderquartals an den drei ersten Tagen desselben kündigen, also mit vierteljährlicher Frist. Freilich kann nach § 1056 Abs. 3 der Mieter oder Pächter dem Eigentümer eine Frist stecken, binnen deren er sich darüber erklären muß, ob er sein Kündigungsrecht ausüben wolle oder nicht. Tut er es innerhalb dieser Frist nicht, so hat er dieses Kündigungsrecht vor Ablauf des Vertrags verloren.

Der Nießbrauch erlischt

a) nach dem § 1061 mit dem Tode des Nießbrauchers. Das ist der Hauptgrund, der als zwingendes Recht hingestellt wird, während nach römischem und auch nach preußischem Recht Vererblichkeit ausbedungen werden kann.[3]) Aber bei einer juristischen Person erlischt er

[1]) Ein gewagtes Geschäft, wie viele andere.

[2]) Natürlich würde der Mieter gegen den Vermieter auf Schadensersatz klagen können, vgl. übrigens hierzu Windscheid-Kipp, Pandekten I § 205 S. 926 Anm 4.

[3]) Für das römische Recht bestritten.

nicht, wie bisher nach gemeinem Rechte, mit Ablauf von 100 Jahren, sondern erst mit Erlöschen dieser juristischen Person[1]);

b) bei beweglichen Sachen durch Konfusion, durch Vereinigung von Nießbrauch und Eigentum in einer Hand (§ 1063)[2]);

c) nach § 1064 durch bloße Verzichtserklärung, wenigstens bei einer beweglichen Sache. „Zur Aufhebung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft genügt die Erklärung des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer oder dem Besteller, daß er den Nießbrauch aufgebe. Vertrag und Acceptation sind nicht nötig, sondern nur einseitige Erklärung.

Bei der Beendigung des Nießbrauchs ist natürlich die Nießbrauchssache zurückzugewähren, aber nach § 1055 ein landwirtschaftliches Grundstück merkwürdigerweise in dem Zustand, in dem es sich bei fortgesetzter ordentlicher Wirtschaft befinden würde, wie bei der Pacht. Wenn demnach der Nießbraucher ein recht devastiertes Grundstück bekommen hat, so muß er es melioriert zurückliefern, in dem Zustand, in dem es sich bei fortgesetzter ordentlicher Wirtschaft befinden würde. Das kann unter Umständen für den Eigentümer sehr vorteilhaft sein.[3])

Für Ersatzansprüche, die bei der Rückgewähr auftauchen können, ist durch § 1057 auch hier eine kurze Verjährungsfrist von 6 Monaten statuiert.

Nach § 1058 gilt im Verhältnisse zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer zu Gunsten des Nießbrauchers der Besteller als Eigentümer, es sei denn, daß der Nießbraucher weiß, daß der Besteller nicht Eigentümer ist. Die Verpflichtungen sind dem Nießbraucher immer dem Eigentümer gegenüber auferlegt. Wenn der Nießbraucher den Besteller irrigerweise für den Eigentümer hält und seine Verpflichtung diesem gegenüber erfüllt hat, so wird er nach allgemeinen Grundsätzen dem Eigentümer gegenüber zum zweiten Male erfüllen müssen. Dem soll § 1058 vorbeugen. Der Nießbraucher, der einem Besteller geleistet hat, kann sich darauf berufen, daß dieser ihm gegenüber zur Liberation für seine Leistungspflicht als Eigentümer galt.[4])

[1]) Über den Nießbrauch offener Handelsgesellschaften vgl. Biermann zu § 1061 b.

[2]) Dann jedoch nicht, wenn der Eigentümer ein rechtliches Interesse am Fortbestehen des Nießbrauches hat, dieser z. B. eingetragenen Hypotheken vorgeht. § 1063 Abs. 2.

[3]) Der entgegengesetzte Grundsatz würde wohl zu noch bedenklicheren Ergebnissen hinführen.

[4]) Streitig ist, ob die Vorschrift sich auch auf die Verwendungsansprüche des Nießbrauchers nach § 1049 bezieht, vgl. Biermann zu § 1058.

Der Anspruch des Nießbrauchers gegen Beeinträchtigung unterliegt hier denselben Regeln, wie der Anspruch des Eigentümers nach § 1065. „Wird das Recht des Nießbrauchers beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Nießbrauchers die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung." Damit wird vor allen Dingen die Vermutung aus § 1006 für anwendbar erklärt, daß der Besitz dem Recht entspreche. Und wenn nun die für den Nießbraucher sprechende Vermutung widerlegt ist, so kommt die Präsumtion dem Kläger zu gute, der im früheren Besitz war. Weiter ist analog anwendbar die Klage aus älterem Besitz gegen den schlechter Berechtigten, die früher erörterte Klage aus § 1007 und auch die Einreden aus einem besseren Recht, die dieser Klage opponiert werden können. Dadurch bekommt auch die Klage aus dem Nießbrauch sehr große Ausdehnung und Erleichterung. Z. B. ich besitze einen Nießbrauch an einer Bibliothek. Bei dem Umzug geht eine Bücherkiste verloren und es kommen so und so viele Bücher wider meinen Willen aus meinem Besitz und werden an einen Antiquar verkauft. Dann kann ich gegen den Antiquar die Klage aus älterem Nießbrauchbesitz erheben. Selbst wenn er redlich erworben hätte, dringe ich doch gegen ihn durch, weil mir der Besitz unfreiwillig abhanden gekommen war.[1])

Bei verbrauchbaren Sachen ist dem römischen quasi usus fructus entsprechend ein anderes Verhältnis als der gewöhnliche Nießbrauch statuiert worden.[2]) Hier wird nach § 1067 der Berechtigte Eigentümer. Er muß aber bei Beendigung seines Rechtes den Wert zurück geben, den die Sache zur Zeit der Bestellung hatte. Der Besteller eines solchen quasi usus fructus kann Sicherheitsleistung verlangen, wenn sein Anspruch auf Ersatz des Wertes gefährdet ist.

Der quasi usus fructus ist juristisch ganz verschieden von dem Dispositionsnießbrauch. Beim uneigentlichen Nießbrauch wird der Nießbraucher Eigentümer, beim Dispositionsnießbrauch erhält er ein bloßes jus in re aliena, aber freilich mit einer gewissen Verfügungsbefugnis.[3])

[1]) Über den seltenen Fall eines Nießbrauchs an dem Anteile eines Miteigentümers vgl. Biermann zu § 1066.

[2]) Ausnahmsweise soll auch an ihnen nach Mot. III S. 534 auf eine kurze Zeit ein eigentlicher Nießbrauch möglich sein. M. E. war dies nach römischem Rechte ein usus und muß daher nach dem Wortlaut des Gesetzbuches als dingliches Recht ungültig sein. Nur eine Rückforderung ist hier anzunehmen.

[3]) Worin der Unterschied der quasi usus fructus an einer Geldsumme vom Darlehen liegen soll, erörtert Eck nicht. Der Name, den die Parteien dem Geschäfte

Wir wenden uns nunmehr zu dem Nießbrauch an Rechten.

Gegenstand des Nießbrauchs können nach § 1068 auch Rechte sein,[1]) also Vermögensrechte jeder Art, Rechte an immateriellen Rechtsgütern, wie Urheberrecht, Verlagsrecht, Patentrecht, ferner eine Forderung oder ein Recht aus einem Wertpapier; aber doch immer nur ein Recht, das übertragbar ist.[2]) § 1069 Abs. 2 lautet: „An einem Recht, das nicht übertragbar ist, kann ein Nießbrauch nicht bestellt werden." Das nimmt Wunder. Wenn die Ausübung übertragbar ist, dann muß doch auch ein Nießbrauch daran bestellt werden können. Der Nießbrauch aber ist ja nicht übertragbar, und doch wird z. B., wenn eine Ehefrau einen Nießbrauch einbringt, der Mann die Nutznießung an diesem Nießbrauch haben.[3]) Im § 1073 kommt der Nieß-

geben, kann nicht entscheiden. Unter Lebenden wird Quasi-Usufruct kaum neben dem Darlehen in Betracht kommen. Auch bei Vermächtnissen wird in der Regel anzunehmen sein, daß das Geld zum Darlehen gegeben werden soll oder andere Sachen dem Legatar unter Stundung des Kaufpreises zu verkaufen sind. Dagegen wird der uneigentliche Nießbrauch sehr häufig in den familienrechtlichen Fällen der gesetzlichen Entstehung in Frage kommen. Wichtig ist das Gesagte insofern, als bei dem uneigentlichen Nießbrauche die Vorschriften über Nießbrauch insoweit als es möglich ist, in entsprechender Weise anzuwenden sind, folglich auch der einseitige Verzicht (§ 1064), doch ist das streitig, vgl. Biermann zu § 1067.

[1]) Über die Möglichkeit der Rechte an Rechten macht man sich seit langer Zeit viel Kopfzerbrechen (vgl. auch jetzt wieder die bei Biermann, Anm. 1 zu § 1068 erwähnte Streitfrage). Dies würde nicht der Fall sein, wenn nicht der Ausdruck „Recht am Recht" eine Nachbildung des Ausdrucks: „Recht an der Sache" wäre und wenn nicht das jus in re einen ganz unnatürlichen Begriffsumfang hätte. Unnatürlich ist, daß Rechte, bei denen bloß obligatorisch Sachberührungen geschützt sind, grundsätzlich niemals Rechte an Sachen heißen, weshalb viele Juristen in Selbsttäuschung behaupten, daß sie ihren Gegenstand nicht ebenso unmittelbar berühren, wie die dinglichen Rechte. Unnatürlich ist ferner, daß Rechte, die bloß den Wert und die Schicksale der Sache anfassen, aber nicht ihren Körper, wie die hypotheca, trotzdem Rechte an der Sache heißen. Die Entstehung einer so unnatürlichen Redeweise kann nur geschichtlich und nicht an dieser Stelle erklärt werden. Nachdem sie aber einmal unausrottbar eingewurzelt war, mußte es durchaus zulässig erscheinen, den Begriff des „allseitig geschützten, die Schicksale eines Gegenstandes und seinen Wert beeinflussenden Rechts" ohne weiteres von körperlichen Gegenständen auf unkörperliche anzuwenden. So ist auch der Nießbrauch an einem Rechte eine nach allen Seiten hin geschützte Belastung des Schicksals und des Wertes dieses Rechtes.

[2]) Für Eigentumsansprüche ist dies mit Unrecht bezweifelt worden, vgl. Biermann, Anm. 1 zu § 1070.

[3]) Dies war schon früher streitig wegen der Regel: Servitus servitutis esse non potest. Man darf hier nicht vergessen: Non jus ex regula, sed regula ex jure.

brauch an einer Leibrente, einem Auszug oder einem ähnlichen Rechte vor; und diese sind doch großenteils unveräußerlich, weil sie durch eine Abtretung ihren Inhalt ändern würden. § 1069 ist daher einschränkend auszulegen; soweit als ein Recht unübertragbar ist, kann ein Nießbrauch nicht bestellt werden, aber wenn auch nur die Ausübung übertragen werden kann, ist ein Nießbrauch möglich.

Die Bestellung des Nießbrauchs an einem Recht muß in derselben Form erfolgen, wie die Übertragung des Rechts. Der Nießbraucher ist dritten Schuldnern gegenüber in Bezug auf die Leistung, die sie auf das Recht zu prästieren haben, ebenso zum Empfange berechtigt, wie ein Erwerber des Rechtes selber (§ 1070). Insbesondere kann der Nießbraucher einer Leibrente oder eines Auszuges die einzelnen Leistungen fordern, wie der Rentenberechtigte oder Auszügler selbst.

Die Beendigung des Rechtes, das den Gegenstand des Nießbrauchs bildet, oder auch nur die Änderung seines Inhalts kann nicht ohne Zustimmung des Nießbrauchers erfolgen (§ 1071), weil sonst in das Recht des Nießbrauchers ohne seine Einwilligung eingegriffen werden könnte.[1])

Besonderheiten sind noch für den Nießbrauch an Forderungen in den §§ 1076—1080 statuiert. Als Forderung wird auch eine Grundschuld oder eine Rentenschuld behandelt (§ 1080). Bei einer Hypothek versteht sich das von selbst, weil sie zur Deckung einer Forderung bestimmt ist. Eine Forderung, die nicht auf Zinsen ausgeht, wird für den Nießbrauch wie eine verbrauchbare Sache behandelt. Der Nießbraucher kann über die Substanz verfügen, er kann die Forderung kündigen und sie einziehen.[2]) An dem Gegenstande, welchen er durch die Einziehung erhält, hat er einen Nießbrauch je nach dessen Beschaffenheit. Ist er eine unverbrauchbare Sache, etwa ein Grundstück, so bekommt der Nießbraucher an ihm einen eigentlichen Nießbrauch.[3])

Ist das Objekt eine verbrauchbare Sache wie Geld u. dergl. m., so bekommt er daran einen uneigentlichen Nießbrauch, also Eigentum mit der Obligation der Restitution des Wertes.

Sehr merkwürdig ist aber, daß nach § 1074 Satz 3 der Nießbraucher zu anderen Verfügungen über die Forderung nicht berechtigt

[1]) Über Aufrechnungserklärungen zum Schaden des Nießbrauchers vgl. verschiedene Meinungen bei Biermann, Anm. 1 zu § 1071.

[2]) Sonst würde sein Recht inhaltlos sein.

[3]) Über die Entbehrlichkeit der Eintragung s. oben S. 205 Anm. 5.

ist. Kündigen und einziehen kann er sie, aber nicht cedieren. Warum in aller Welt diese Beengung?[1]) Die Einziehung kann ihre großen Schwierigkeiten haben, sie kann ihm äußerst unbequem sein, wenn z. B. der Schuldner ein Verwandter ist. Durch Cession käme er viel schneller zu seinem Kapital.

Aber es ist so vorgeschrieben: „Zu anderen Verfügungen über die Forderung ist der Nießbraucher nicht berechtigt."[2]) Hiernach würde er z. B. auch nicht zur Kompensation mit der Forderung, die er doch einziehen könnte, berechtigt sein. Die Motive[3]) gehen sogar soweit, daß sie meinen, auch dem Nießbraucher gegenüber könne der Schuldner der Forderung, welche den Gegenstand des Nießbrauchs bildet, nicht mit einer Gegenforderung, die er an den Nießbraucher hat, kompensieren.[4]) Das ist gewiß nicht aufrecht zu erhalten.[5]) Wenn der Nießbraucher von einem Schuldner das Kapital einziehen kann, so muß der Schuldner auch diese Kapitalschuld durch eine Aufrechnung seinerseits tilgen können.[6]) Jedenfalls wird man diese Beschränkung in der Praxis möglichst erleichtern müssen.

Weniger beengend sind die Bestimmungen für verzinsliche Forderungen (§§ 1076—1079). Die verzinslichen Forderungen werden, weil sie ohne Konsumtion einen Nutzen in Gestalt von Zinsen abwerfen, den unverbrauchbaren Sachen gleichgestellt, und der Nießbrauch daran ist ein eigentlicher. Natürlich kann man im einzelnen Falle

---

[1]) Vielleicht, damit er nicht die Forderung unter ihrem Werte veräußere und dadurch dem Inhaber der Forderung seine Hoffnung auf das Eigentum am Schuldgegenstand entziehe.

[2]) In solchen Fällen kann der Nießbraucher sich auch nicht nach bekanntem römischen Vorbilde mit einer Prozeßvollmacht für den Erwerbslustigen helfen; denn der Beauftragte könnte den Forderungsgegenstand nicht für sich, sondern nur für den Inhaber der Forderung und für das Nießbrauchsrecht des Auftraggebers erwerben, wäre also kein procurator in rem suam.

[3]) Motive Bd. III S. 544.

[4]) Ist der Nießbraucher insolvent, so wäre dies in der Tat dem Forderungsgläubiger gefährlich.

[5]) Die Vertreter der verschiedenen Ansichten s. b. Biermann, Anm. 1 zu § 1074. Biermann erklärt sich für die Aufrechnungsbefugnis.

[6]) M. E. kann der Nießbraucher die Schuld nicht völlig in rem suam einziehen, sondern ist dabei auch Vertreter der Interessen des Forderungsgläubigers. Er hat nur ein gesetzliches mandatum ad agendum pro parte in rem suam, pro parte in rem alienam. Die Motive III S. 545 lassen die Konstruktion dieses Verhältnisses offen.

sehr zweifelhaft sein, was eine auf Zinsen ausstehende Forderung sei. „Amortisationsquoten sind jedenfalls keine Zinsen.“[1]) Hinsichtlich eines Bankdepots, das mäßig verzinst wird, hat das Obertribunal mit Recht Gewicht darauf gelegt, ob der Gläubiger, der das Depot beim Bankier hat, größere Summen zu hinterlegen pflege oder nur vorübergehend für ihn sein Guthaben angewachsen sei. Im letzteren Falle ist es nicht eine auf Zinsen ausstehende Forderung, wohl aber im ersteren Falle. Die Konsequenzen sind erhebliche. Bei verzinslichen Forderungen bilden die Zinsen die dem Nießbraucher zugedachte Forderung, und daher kann er sie erheben. Dagegen besteht in Bezug auf das Kapital ein ganz anderes Verhältnis, nämlich eine Art Gemeinschaft oder besser Gesamthänderschaft des Nießbrauchers und des Gläubigers. Der Nießbraucher und der Gläubiger können das Kapital nur gemeinsam kündigen, einziehen[2]) und anderweit wieder verzinslich austun.[3]) Auch umgekehrt kann nach § 1077 Abs. 2 ihnen nur gemeinsam gekündigt werden.[4])

Das sind ganz neue Bestimmungen. Zu dieser gemeinsamen Tätigkeit sind sie auch einander die Mitwirkung zu gewähren schuldig. Nach § 1078 sind sie verpflichtet, gegenseitig zur Einziehung mitzuwirken, ebenso auch zur anderweitigen verzinslichen Anlegung. Indessen fügt § 1078 Satz 2 noch eine Beschränkung hinzu. „Hängt die Fälligkeit von einer Kündigung ab, so kann jeder Teil die Mitwirkung des andern zur Kündigung verlangen, wenn die Einziehung der Forderung wegen Gefährdung ihrer Sicherheit nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Vermögensverwaltung geboten ist.“ Das ist wieder sehr eng. Also nur, wenn die Sicherheit der Forderung gefährdet ist, und nicht, wenn etwa der Zinssatz im Laufe der Zeit unverhältnismäßig niedrig geworden ist! Wenn die Forderung etwa zu $3^1/_2$ Proz. ausgetan war und der übliche Zinsfuß auf 5 oder 6 Proz. gestiegen ist, so kann der Nießbraucher nicht ohne Genehmigung des Gläubigers kündigen, denn die Sicherheit ist ja nicht gefährdet. Er muß sich mit

[1]) Aus dem Vorbereitungshefte.

[2]) Streitig ist, wem das gezählte Geld zum Eigentum zufällt. Biermann, Anm. 1 zu § 1077.

[3]) Das Vorbereitungsheft erinnert hier an die Ähnlichkeit mit dem Mündelgeld, die freilich nur eine entfernte ist.

[4]) Wie es mit der Mahnung zu halten sei, ist streitig. Biermann, Anm. 2 zu § 1077.

dem niedrigen Zinssatz auch ferner begnügen. Das ist in der Tat eine sehr beengende Bestimmung.[1])

Ähnlich aber, wie mit einer verzinslichen Forderung als Gegenstand eines Nießbrauchs, steht es auch, wenn an einem Inhaberpapier oder Orderpapier mit Blanko-Indossament ein Nießbrauch bestellt ist (§§ 1081—1084). Auch hier besteht jene Gemeinschaft oder Gesamthänderschaft dessen, der das Recht am Papier und aus dem Papier hat und des Nießbrauchers. Folgeweise hat hier jeder ein Recht auf den Mitbesitz des Papiers, da § 1081 lautet: „Der Besitz des Papieres und des zu dem Papier gehörigen Erneuerungsscheines steht dem Nießbraucher und dem Eigentümer gemeinschaftlich zu."[2]) Also auch der Mitbesitz der Stammobligation. Die Einräumung dieses Mitbesitzes genügt dann als Form für die Bestellung des Nießbrauchs (§ 1081 Abs. 2). Während sonst der Nießbrauch durch Übergabe der Sache bestellt wird, wird er hier durch Übergabe zum bloßen Mitbesitz begründet. Nur an Zinsen und Gewinnanteilscheinen, also Coupons und Dividendenscheinen bekommt der Nießbraucher den Alleinbesitz.

Aber nach § 1082 kann bei diesen Papieren jeder der beiden Beteiligten Hinterlegung des Papieres nebst dem Erneuerungsschein bei einer Hinterlegungsstelle oder bei der Reichsbank verlangen. Bei der Reichsbank wird also hier ein sogenanntes gesperrtes Depot gebildet, und auf der Rückseite des Depotscheines wird bemerkt, daß die Zinsen der Nießbraucher X zu erheben habe, dagegen das deponierte Papier selber an X und Y gemeinsam auszuantworten sei. So wird das Papier dann für die beiden Beteiligten gemeinsam aufbewahrt. Folgeweise erhält dann der Nießbraucher zwar die Zinsen und Gewinnanteile nach Maßgabe der Dauer seiner Berechtigung, aber über das Kapital kann er nur unter Mitwirkung der Besteller verfügen.

Hier wird der im allgemeinen Teil erörterte § 101 Nr. 2 praktisch: „Wenn jemand bis zu einer gewissen Zeit oder von einer gewissen Zeit an die Früchte einer Sache zu ziehen berechtigt ist, so gebühren ihm

[1]) Auf derartige Verbesserungen seiner Lage durfte er m. E. bei Begründung seines Rechts nicht hoffen.

[2]) Streitig ist, ob das Stimmrecht in der Generalversammlung gemeinschaftlich wird (Planck, Anm. 2 S. 393) oder nur dem Eigentümer zusteht, Dernburg, § 194 S. 543. M. E. ist ein gemeinsames Stimmrecht so seltsam, daß es nicht ohne weiteres angenommen werden kann.

die Früchte insoweit, als sie während der Dauer der Berechtigung fällig werden; bestehen jedoch die Früchte in der Vergütung für die Überlassung des Gebrauchs oder des Fruchtgenusses, in Zinsen, Gewinnanteilen oder anderen regelmäßig wiederkehrenden Erträgen, so gebührt dem Berechtigten ein der Dauer seiner Berechtigung entsprechender Teil." Setzen wir, daß Aktien für das Jahr 1900 Dividenden geben, aber die Dividende erst im April des Jahres 1901 festgesetzt wird. Wenn dann ein Nießbrauch an dem Papier auch nur während des Jahres 1900 bestanden hat, aber mit dem 31. Dezember 1900 erloschen war, so wird dem Nießbraucher doch die erst später auszuzahlende Dividende gebühren; denn diese entspricht der Dauer seiner Berechtigung für das Jahr 1900. Wann sie festgestellt wird und zur Auszahlung gelangt, kann nicht in Betracht kommen.[1])

Der Nießbrauch an einem Vermögen und an einer Erbschaft (§§ 1085—1089) kann nach § 311 nur in gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bestellt werden. Gegenstand des Nießbrauchs ist hier zunächst nach § 1085 nicht das Vermögen als Ganzes, sondern vielmehr die Summe aller einzelnen Vermögensstücke.

„Der Nießbrauch an dem Vermögen einer Person kann nur in der Weise bestellt werden, daß der Nießbraucher den Nießbrauch an den einzelnen, zu dem Vermögen gehörenden Gegenständen erlangt." Wenn ein Grundstück zum Vermögen gehört, dann ist die Eintragung des Nießbrauchs nötig, bewegliche Sachen müssen übergeben werden, eine Hypothek muß auf den Namen des Nießbrauchers umgeschrieben werden,[2]) und Wertpapiere müssen ihm übergeben werden resp., wenn es nicht Inhaberpapiere sind, je nachdem durch Indossament oder Cession übertragen werden. Kurz, es ist ein etwas komplizierter Mechanismus, der angewandt werden muß, um dem Nießbraucher an allen einzelnen Stücken den Nießbrauch zu gewähren.

Die weitere Folge ist dann natürlich, daß dieser sogenannte Nießbrauch am Vermögen je nach der Beschaffenheit der einzelnen Stücke einen ganz verschiedenen Inhalt hat. An unverbrauchbaren Sachen

---

[1]) § 1083 enthält gegenseitige Verpflichtungen der Mitbesitzer. Fraglich ist, ob dazu auch gehört, im Notfalle dem Verkaufe des Papiers zuzustimmen. Biermann, Anm. 1 zu § 1083. Es ist dies wohl anzunehmen.

[2]) Zweifelhaft, weil sogar die volle Übertragung einer Hypothek keine Umschreibung verlangt.

ist es ein verus usus fructus, an verbrauchbaren ein quasi usus fructus, und bei Forderungen ist der Inhalt verschieden, je nachdem die Forderung auf Zinsen aussteht oder nicht.

Aber abweichend davon gestaltet sich nun die Stellung der Gläubiger dessen, der sein Vermögen einem Nießbraucher unterwirft, gegenüber dem Nießbraucher. Diese Gläubiger, soweit ihre Forderungen von der Bestellung entstanden sind, werden ganz erstaunlich günstig gestellt. Man kann beinahe sagen, daß sie ihre Lage in erfreulicher Weise verbessern. Hier macht sich der Zusammenhang der Vermögensstücke als der Bestandteile eines wirtschaftlichen Ganzen mit dringender Notwendigkeit geltend.

1. Es bleibt vor allen Dingen die Forderung jedes Gläubigers an den Besteller unverändert weiterbestehen. Das B.G.B. spricht das nicht aus, aber es folgt das aus den allgemeinen Regeln. Natürlich kann sich der Besteller seiner Schuldnerqualität nicht entkleiden. Außerdem bestätigt sich dies dadurch, daß nach § 1087 der Besteller, wenn eine vor der Bestellung entstandene Forderung fällig ist, vom Nießbraucher die Rückgabe der zur Befriedigung des Gläubigers erforderlichen Gegenstände verlangen kann.[1]) Wenn er Rückgabe verlangen kann, so ist er doch eben haftbar. Daher darf er bei der Übertragung der einzelnen Gegenstände an den Nießbraucher sogleich diejenigen Gegenstände zurückbehalten, die er doch würde zurückfordern können. Wenn er ein Rückforderungsrecht hat, so muß er um so vielmehr ein Abzugsrecht haben.

2. § 1086 gibt den Gläubigern sogar auch einen direkten Anspruch gegen den Nießbraucher.[2]) Die Gläubiger können nicht bloß gegen ihren alten Schuldner, sondern auch gegen den Nießbraucher auf Befriedigung aus dem Nießbrauchobjekt klagen. Die Nießbrauchobjekte bilden hier die Basis für eine Realobligation, die dem Nießbraucher auferlegt ist.[3]) Wenn die Nießbrauchobjekte verbrauchbare Sachen waren und daher in das Eigentum des Nießbrauchers über-

[1]) Dadurch wird der Bestellung die Möglichkeit, in fraudem creditorum zu wirken, wenigstens zum Teile entzogen. Noch mehr wirkt in dieser Richtung § 1086 (s. unten).

[2]) Das Vorbereitungsheft bemerkt: „Das römische Recht schweigt. Daher sind ihm zufolge die Gläubiger am Zugriff auf die Nießbrauchsgegenstände gehindert."

[3]) Gemeint ist eine Schuld mit beschränkter Haftung.

gegangen sind, können die Gläubiger aus dem Werte, den der Nießbraucher später zu ersetzen haben wird, Befriedigung verlangen.[1]) Dem entsprechen auch die §§ 737 u. 738 der revidierten C.P.O.

Nach § 737 ist zur Exekution in die Nießbrauchobjekte eine Verurteilung des Bestellers zur Leistung und des Nießbrauchers zur Duldung der Exekution erforderlich. Auch wenn die Bestellung des Nießbrauchs an einem Vermögen erst nach der rechtskräftigen Feststellung einer Schuld des Bestellers erfolgt ist, so kann dennoch ohne weiteres für den siegreichen Kläger, der eine Verurteilung des Bestellers erzielt hatte, eine vollstreckbare Ausfertigung, die gegenüber dem Nießbraucher gilt, erteilt werden (§ 738).

3. Nach § 1087 kann, wie schon oben erwähnt wurde, auch der Besteller seinerseits zur Befriedigung des Gläubigers von dem Nießbraucher Rückgabe der erforderlichen Stücke verlangen. Der Nießbraucher kann also nicht bloß von dem Gläubiger verdrängt werden, sondern auch von dem Besteller. Andererseits ist aber auch der Nießbraucher selber berechtigt unmittelbar an die Gläubiger zu leisten, wenn nötig, zur Befriedigung der Gläubiger das Nießbrauchsobjekt zu veräußern und damit Geldmittel flüssig zu machen.

4. Nach § 1088 haftet für Zinsen und ähnlich wiederkehrende Leistungen, die aus dem Einkommen eines Vermögens bestritten zu werden pflegen, also auch für Renten, Alimente u. dgl. m. der Nießbraucher dem Gläubiger sogar persönlich, also nicht bloß mit dem Nießbrauchsobjekte, sondern auch mit seinem eigenen Vermögen. Außerdem haftet er für diese terminlichen Leistungen auch wieder dem Besteller (§ 1088 Abs. 3). Endlich kann diese Haftung des Nießbrauchers durch Vertrag zwischen ihm und dem Besteller des Nießbrauchs nicht geändert werden. Das Resultat ist natürlich, daß die Revenuen des Nießbrauchs unter Umständen durch diese terminlichen Leistungen, die der Nießbraucher zu prästieren hat, überwogen werden können. Dann wird er, wenn die Revenuen nicht zureichen, die Substanz angreifen können. Wie aber, wenn auch die Substanz erschöpft ist? Dann muß er, so könnte man meinen, doch auf seinen Nießbrauch verzichten können. Aber nur bei einer beweglichen Sache kann der Nießbraucher, wie wir

[1]) In diesem Falle darf der Nießbraucher nicht zur Befriedigung der Gläubiger Vermögensstücke verkaufen. Doch ist dies streitig. Vgl. Biermann, Anm. b zu § 1087.

früher nach § 1064 gesehen haben, durch einseitige Erklärung den Nießbrauch aufgeben. Bei anderen Nießbrauchrechten nicht. Aus eigenen Mitteln hat er jedoch in solchem Falle nichts weiter zu zahlen, denn wenn die Bestandteile des Vermögens zur Befriedigung der Gläubiger erschöpft sind, muß auch der Nießbrauch erloschen sein. Dann ist das Objekt untergegangen, und, obwohl das B.G.B. das nicht erst sagt, ist damit auch der daran bestehende Nießbrauch erloschen.[1])

§ 26.

5. Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten. (§§ 1090—1093.)

Die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten entsprechen den gemeinrechtlichen servitutes irregulares oder den landrechtlichen Nutzungsrechten zur Notdurft (§ 26 Pr. A.L. I 19).[2]) Solche Rechte sind nur an Grundstücken möglich und zwar entweder auf Nutzung des Grundstücks in einer einzelnen Beziehung oder auf eine Befugnis, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann (§ 1090).

Ein solches Recht kann also auch einer Person eingeräumt werden statt des Grundstücks, an welches es gewöhnlich geknüpft zu werden pflegt. Natürlich wird das Institut für das B.G.B. um deswillen noch wichtiger als für das gemeine Recht, weil die Grunddienstbarkeiten wieder nur an ein individuell bestimmtes Grundstück geknüpft werden können. So ließen sich zahlreiche Fälle denken, bei denen, weil kein herrschendes Grundstück vorhanden ist, nicht eine Grunddienstbarkeit, sondern nur eine solche beschränkte persönliche Dienstbarkeit allein möglich ist. Dernburg[3]) hat aus der bisherigen gemeinrechtlichen und preußischen Praxis eine Anzahl von Fällen zusammen getragen, in denen schon jetzt irreguläre Servitute oder Rechte zur Notdurft angenommen werden, z. B. aus den Entscheidungen des Obertribunals den Fall, daß der Verkäufer eines Gartens sich, so lange er selber das

[1]) M. E. nicht zweifellos. Der Beweis, daß das empfangene Vermögen erschöpft sei, muß jedenfalls dem Nießbraucher obliegen.

[2]) Eck will damit nicht sagen, daß die Beschränkung sich bei ihnen immer auf die Notdurft richtet, sondern nur, daß sie sich gemäß § 1091 im Zweifel dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten anpassen (s. unten den Text).

[3]) Dernburg, Bürg. R. Bd. 3 § 197 II S. 548.

anstoßende Hausgrundstück besaß, ein Wegerecht durch den Garten vorbehalten hatte. Hier wurde ein persönliches[1]) Recht des Verkäufers unter einer auflösenden Bedingung als vorhanden angenommen. Der Militärfiskus hatte sich ausbedungen, ein der Stadt gehörendes Grundstück zu militärischen Übungen zu benutzen. Eine Grunddienstbarkeit wäre hier nicht möglich, weil kein praedium dominans vorhanden ist. Darum hat das Obertribunal dies Recht nicht als Grunddienstbarkeit behandelt, sondern als Recht zur Notdurft. Das Recht einer Eisenbahngesellschaft, die städtischen Wasseranstalten zur Speisung von Lokomotiven zu benutzen, wurde, weil wieder kein herrschendes Grundstück vorhanden war, was man bei einem Eisenbahnunternehmen doch wohl hätte annehmen können, nicht als Grundgerechtigkeit anerkannt, sondern nur als persönliche Berechtigung. Auch Wegerechte, Wasserrechte, Aussichtsrechte u. dergl. m. könnten als solche Berechtigungen vorkommen.

Auf diese beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten sind einige Regeln von den Grunddienstbarkeiten und vom Nießbrauch im § 1090 Abs. 2 erstreckt. Namentlich ist § 1061 zitiert, welcher das Erlöschen des Nießbrauchs mit dem Tode des Berechtigten als zwingendes Recht statuiert. Mithin sind diese beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten unvererblich. Außerdem sind sie auch nicht übertragbar, ja im Zweifel auch nicht einmal der Ausübung nach, wenn nicht diese Überlassung besonders gestattet ist (§ 1092).

Für den Umfang dieser Dienstbarkeiten ist im Zweifel das persönliche Bedürfnis des Berechtigten maßgebend (§ 1091). Hier klingt die landrechtliche „Notdurft" wieder durch.

Besondere Bestimmungen sind im § 1093 für Wohnungsrechte getroffen.[2]) Vor allen Dingen kann das Wohnungsrecht unzweifelhaft auch als Nießbrauch bestellt werden, wenn die Absicht vorliegt, daß es auch der Ausübung nach übertragbar sein soll.[3]) Der Wohnungs-

[1]) d. h. subjektiv-persönliches.

[2]) Nach dem Urteile des Reichsgerichts Bd. 54 Nr. 64 S. 235 ff. kann aus der unzulässigen Abrede, eine Miete einzutragen, der Antrag auf Bestellung eines dinglichen Wohnungsrechtes nicht ohne weiteres hergeleitet werden.

[3]) Darüber, daß dann dies Recht ein Nießbrauch sein solle, ist im Texte nichts gesagt. Will man dies annehmen, so müßte man dies bei allen beschränkten Nutzungsrechten tun, falls ausbedungen ist, daß sie der Ausübung nach übertragbar

berechtigte soll auch vermieten können. Aber es kann auch statt als Nießbrauch als beschränkte persönliche Dienstbarkeit gemeint sein, der römischen habitatio ungefähr entsprechend. Auch dann sind gewisse Regeln vom Nießbrauch auf dieses Wohnungsrecht im § 1093 Abs. 1 erstreckt. Die Ausübung ist aber nicht übertragbar.[1]) Ebenso gilt bei dem Wohnungsrecht nicht die Verpflichtung des berechtigten Nießbrauchers zu einer Sicherheitsleistung, denn diese braucht der Inhaber einer persönlichen Dienstbarkeit nicht ohne weiteres zu leisten. Ebensowenig ist er verpflichtet, die Wohnung gegen Feuersgefahr zu versichern. Alle diese Paragraphen sind nicht angeführt. Besonders ist noch im § 1093 Abs. 2 bestimmt, daß der Berechtigte auch seine Familie und die zur standesgemäßen Bedienung und Pflege erforderlichen Personen mit aufzunehmen befugt ist.[2])

Der Vorsicht wegen sagt Abs. 3, daß, wenn die Wohnungsgerechtigkeit auf einen Teil des Gebäudes beschränkt ist, der Berechtigte auch die zum gemeinschaftlichen Gebrauch der Bewohner bestimmten Anlagen und Einrichtungen mit benutzen, also z. B. auch in den Garten gehen und den Brunnen, der im Hofe steht, gebrauchen kann.

§ 27.

6. Das dingliche Vorkaufsrecht.[3]) (§§ 1094—1104.)

Das dingliche Vorkaufsrecht findet eine Ergänzung in den allgemeinen Regeln über das Vorkaufsrecht, das wir beim Obligationen-

---

sein sollen. Es ist aber nicht recht einzusehen, warum diese Übertragbarkeit als Kennzeichen des Nießbrauches angesehen werden soll, zumal anzunehmen ist, daß sie auch bei diesem wegbedungen werden kann. Eck denkt wahrscheinlich an § 1030 Abs. 2: „Der Nießbrauch kann durch den Ausschluß einzelner Nutzungen beschränkt werden." Doch soll nach dem B.G.B. zwischen dem beschränkten Nießbrauche und den daneben erwähnten beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten ein Unterschied bestehen, vgl. auch Biermann zu § 1030. Die Grenzlinie ist schwer zu ziehen. Eck wollte sie allem Anscheine nach in der Übertragbarkeit der Ausübung suchen, doch spricht dagegen der Wortlaut des § 1092. M. E. kommt es darauf an, ob die Beschränkung in der Form einer Ausnahme von den Nutzungsrechten ausgesprochen ist (beschränkter Nießbrauch), oder ob der beschränkte Inhalt von Hause aus dem Rechte zugesprochen ist (die eigentliche beschränkte persönliche Dienstbarkeit).

[1]) vgl. die vorige Anmerkung.

[2]) Streitig ist die Anwendbarkeit des § 1085 auf das Wohnrecht, vgl. Biermann, Anm. 2 zu § 1093.

[3]) Immerwahr, Iherings Dogm. Jahrb. Bd. 40 S. 279 ff.

recht bereits kennen gelernt haben.[1]) Es kann nur an einem Grundstück[2]) als dingliche Last bestellt werden (§ 1094) und zwar entweder zu Gunsten einer bestimmten Person, also als subjektiv-persönliches Recht oder auch zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks, also auch als subjektiv-dingliches Recht, ähnlich wie eine Grunddienstbarkeit. Dagegen ist ein gesetzliches Vorkaufsrecht, wie wir es jetzt in Preußen noch in mehreren Fällen haben, dem B.G.B. nicht bekannt.[3]) Freilich statuiert das Einführungsgesetz in Art. 63, daß den Landesrechten Vorkaufsrechte erhalten bleiben können. Auch bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über das Erbpachtrecht u. s. w. bestehen. Gerade hierbei ist bekanntlich für den Verpächter, für den dominus emphyteuseos, das Vorkaufsrecht besonders wichtig.

Wenn das dingliche Vorkaufsrecht auch eingetragen ist, was zu seiner dinglichen Wirkung nötig ist, so gilt es auch Dritten gegenüber und zwar nach § 1098 Abs. 2 nach den Regeln einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums.[4]) Weil der Vorkaufsberechtigte zunächst auf das belastete Grundstück nicht einzuwirken hat, wird sein Vorkaufsrecht hier einer bloßen Vormerkung gleich gestellt, die ihn dem dritten Erwerber gegenüber sichert.[5])

Nach § 1097 gilt das Vorkaufsrecht, auch wenn es bestellt ist, nur in sehr beschränkten Grenzen, nämlich nur für einen Fall des Verkaufes durch den Eigentümer oder Erben. Nur auf den ersten Verkaufsfall ist das Vorkaufsrecht gerichtet.[6]) Wenn der Berechtigte bei dem ersten Verkauf, der vielleicht gegen einen sehr hohen Preis geschieht, sein Recht auszuüben keine Lust hat, so ist sein Recht für immer erloschen.

[1]) Vgl. Bd. I S. 466 ff. und über die Vererblichkeit (§ 514) die bei Biermann, Anm. 1 zu § 1094 angeführten Schriftsteller, ebenso daselbst Anm. 2 über die Anwendbarkeit des § 313 auf die Einräumung der Vorkaufsrechte.

[2]) oder einer Berechtigung, die den Grundstücken gleichgestellt worden ist, vgl. § 1017 E.G. Art. 63, 68, 196. Über das Vorkaufsrecht an Miteigentumsteilen vgl. § 1095.

[3]) Das Vorkaufsrecht der Erben (§§ 2034, 2035) ist hierbei wohl absichtlich außer Betracht gelassen, weil es nicht einzelne Sachen betrifft, sondern Erbschaftsanteile.

[4]) Über die Ähnlichkeit der Vormerkungs- und der Vorkaufsrechte s. oben S. 73 Anm. 1. Näheres Biermann, Anm. 2 zu § 1098.

[5]) Vgl. hierzu oben S. 75 ff.

[6]) Besonderheiten des sog. Kindskaufes bespricht Biermann, Anm. 1 zu § 1097.

Aber freilich kann nach § 1097 das Vorkaufsrecht auch auf mehrere Verkaufsfälle oder alle Verkaufsfälle erstreckt werden. Das bedarf jedoch einer besonderen Festsetzung.

Der Inhalt des Vorkaufsrechts, den wir schon im Obligationenrecht kennen gelernt haben, ist der, daß der Vorkaufsberechtigte durch Ausübung seines Rechtes und zwar durch bloße einseitige Erklärung einen Kauf zwischen sich und dem Belasteten, also dem Verkäufer zustande bringt. War das Grundstück etwa schon an einen Dritten veräußert, so muß der Dritte vermöge der Vormerkung, d. h. der Eintragung des Vorkaufsrechtes einwilligen, daß der Vorkaufsberechtigte seinerseits die Eintragung als Eigentümer herbeiführt. Der dritte Erwerber muß also das Grundstück auflassen und dem Berechtigten herausgeben.[1])

Wenn der Dritte den Kaufpreis an den Belasteten bereits gezahlt hat, so muß nach § 1100 freilich der Vorkaufsberechtigte den Kaufpreis dem Dritten erstatten.[2]) Statt an den Verkäufer muß er also hier an den Dritten zahlen. Aber mit dieser Bezahlung an den Dritten befreit er sich zugleich von seiner Kaufpreisschuld gegenüber dem Belasteten nach § 1101. Dadurch wird er vor zweimaliger Zahlungspflicht geschützt.

§ 28.

7. Reallasten. (§§ 1105—1112.)

Die Reallasten bleiben nicht bloß, soweit sie bestehen, auch in Zukunft in Kraft (Einführungsgesetz Art. 184) und zwar sowohl die öffentlichen als die privaten, sondern sie können, was zunächst auffällig erscheint, auch nach dem B.G.B. neu als private Reallasten errichtet werden. Das B.G.B. folgt keineswegs dem Vorbilde neuerer Rechte, besonders des französischen Rechts, das bekanntlich das ganze Institut radikal aufgehoben hat. Ja, das B.G.B. folgt nicht einmal der neueren in Deutschland herrschend gewordenen Bewegung auf Ablösung aller Reallasten, sondern es gestattet, neue zu schaffen.

Aber andrerseits wird doch wieder durch das Einführungsgesetz

[1]) Vgl. das oben bei den Vormerkungen Bemerkte: S. 77 Anm. 1.

[2]) Über die Durchführung dieses Ausspruches vgl. Biermann, Anm. 2 zu § 1102.

Art. 115 der Landesgesetzgebung vorbehalten, Reallasten auszuschließen oder ihnen Grenzen zu bestimmen.[1])

Nach der Definition der Reallasten in § 1105 sind sie Belastungen des Grundstücks in der Art, daß an den Berechtigten wiederkehrende Leistungen „aus dem Grundstück" zu entrichten sind.[2]) Das klingt gerade so, als ob damit die Theorie des gemeinen Rechts sanktioniert werden sollte, welche das Grundstück personifiziert; namentlich die von Duncker[3]) aufgestellte Theorie, nach der die Reallast lediglich ein dingliches Recht wäre und das Grundstück der Quasischuldner. Allein das hat das B.G.B. mit diesen Worten „aus dem Grundstück" doch nicht gemeint, sondern § 1108 läßt erkennen, daß der Eigentümer für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen persönlich haftet.[4]) Also ist die Reallast doch trotz jener Definition in Wahrheit eine Mischung dinglichen und obligatorischen Rechts. Die Reallastberechtigung als Ganzes ist ein dingliches Recht mit allen Konsequenzen,[5]) aber auf Grund dieses dinglichen Rechts erwächst das persönliche obligatorische Recht auf die einzelnen Leistungen.[6]) So sind in der Reallast dingliche und obligatorische Elemente mit einander verbunden, wie das auch nach der jetzt herrschenden Theorie des gemeinen Rechts der Fall ist.

Gegenstand der Reallasten können Leistungen jeder Art sein, im B.G.B. selber ist keine Beschränkung gezogen, vor allen Dingen also Geldrenten,[7]) Naturalrenten, wie Leistungen von Getreide, Leistungen

[1]) Biermann, Vorbemerkungen S. 290 und über das preuß. Recht Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht I S. 498: „In den bisher landrechtlichen Gebieten Preußens fehlt es an Vorschriften, welche den Inhalt und das Maß von privatrechtlichen beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten und Reallasten näher bestimmen" (A.L.R. I, 22 § 92 stimmt mit B.G.B. § 1091 überein).

[2]) Forderungen auf einmalige Leistungen (z. B. Errichtung eines Hauses) können nicht als Reallasten eingetragen werden, vgl. Biermann zu § 1105 und ebenda auch Literatur über die Frage, ob auch Ansprüche auf dauernde Unterlassungen als Reallasten gelten können. M. E. nur soweit darin nicht eine servitus prohibendi steckt, vgl. § 241.

[3]) Die Lehre von den Reallasten Marburg 1837.

[4]) d. h. im Zweifel nicht bloß mit dem Grundstücke, sondern auch mit dem sonstigen Vermögen.

[5]) Die Gründe hierfür sind oben ausgeführt S. 204 Anm. 1.

[6]) Schuldner ist immer der jeweilige Eigentümer des Grundstücks.

[7]) Von dem Verhältnisse der Reallasten auf Geldrenten zu den Rentenschulden wird bei diesen die Rede sein.

von Torf aus einer Moorkultur, von Ton u. s. w., oder, was vielleicht die allerwichtigste Rolle spielen wird, Leistungen von Zuckerrüben aus Gütern, die in der Nähe einer großen Zuckerfabrik liegen. Auch Dienstleistungen oder Frohnden können unzweifelhaft als Reallasten wieder konstituiert werden.[1]) Besonders sind Dienstleistungen zu öffentlichen Zwecken in der Tat praktisch ganz unentbehrlich: z. B. für Deichverbände die Hilfeleistung zur Unterhaltung der Deiche, für Kirchen und Schulen gewisse Hand- und Spanndienste, für Reparaturen von Kirchen- und Schulgebäuden u. dergl. m. Diese Dienstleistungen werden auch in Zukunft unzweifelhaft weiter bestehen. Ob sie auch als Privatlasten in Preußen unbeschränkt zugelassen werden, ist eine andere Frage.[2])

Der Inhalt einer Reallast kann auch ein gemischter sein, teils aus Leistung von Sachen bestehend, teils aus Dienstleistungen, wie beim Altenteil, bei der Leibzucht und beim Wittum. Hier kann der Belastete sowohl zur Gewährung von Wohnung, als auch zur Zahlung eines Taschengeldes u. dergl. m. verpflichtet sein.

Endlich können Reallasten auch als gegenseitige Verpflichtungen konstituiert werden, vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 10 S. 172. Die Grundstücke einiger kleiner Büdner in Mecklenburg waren mit der Verpflichtung belastet, daß die Besitzer auf dem benachbarten Rittergut zu der Erntezeit gewisse Arbeiten zu leisten hatten, dafür aber einen Tagelohn von 50 Pf. und dann noch Winterfutter für eine Kuh erhielten. Der Gutsbesitzer hatte gekündigt, indem er den Charakter des Verhältnisses als eine Reallast bestritt. Darauf klagten die Büdner gegen den Gutsbesitzer auf Feststellung dieser wechselseitigen Reallast und das Reichsgericht erkannte nach dem Antrage der Kläger.

Berechtigt kann entweder eine bestimmte Person sein, oder wieder der jeweilige Eigentümer eines Grundstücks (§ 1105 Abs. 2), gerade wie beim dinglichen Vorkaufsrecht. Wenn aber einmal der jeweilige Eigentümer eines Grundstücks als Berechtigter bezeichnet ist, dann soll auch die Reallastberechtigung von diesem Grundstück nicht abtrennbar sein (§ 1110). Dieses richtet sich besonders gegen die preußische

[1]) Die Sitte wird dem wirksam widerstreben, auch in der Regel das Landesrecht.

[2]) Vgl. Art. 30 preuß. Einführungsgesetz, der im linksrheinischen Preußen, Lauenburg und Helgoland nur feste Geldrenten als Gegenstand zukünftiger Reallasten zuläßt. Vgl. ferner Art. 11 A.G. zur G.B.O. und Biermann, Vorbemerkungen 1 S. 291.

Praxis, die angenommen hatte,[1]) daß, wenn das Grundstück, mit dem eine Reallastberechtigung verbunden ist, parzelliert wird, die Reallast als selbständiges Mobiliarrecht von jenen Parzellen abzutrennen ist und ein eigenes Grundbuchblatt bekommen soll.

Auf der andern Seite ist der Schuldner der Reallast immer der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks. Im Zweifel haftet derselbe für die Leistungen, die während der Dauer seines Eigentums fällig werden, sogar persönlich, also auch mit seinem Vermögen außerhalb des Grundstücks.

Der Schuldner wird also auch, wenn er das Grundstück inzwischen bereits veräußert hatte und gar nicht mehr Besitzer ist, doch für die Leistungen haften, die während der Dauer seines Besitzes fällig geworden sind. Freilich kann auch diese Haftung auf das Grundstück beschränkt werden,[2]) sodaß dann die Reallast allerdings das persönliche Element verliert, vgl. § 1108: „soweit nicht ein anderes bestimmt ist", d. h. die persönliche Haftung des Eigentümers ausgeschlossen ist. Der Eigentümer haftet dann für Rückstände aus der Zeit, wo er Eigentümer war, nicht mehr persönlich, sondern der Berechtigte muß sich an den Nachfolger halten, der aber natürlich auch seinerseits wieder bloß dinglich mit dem Grundstück haftet.

Wenn die persönliche Haftung ausgeschlossen ist, so gilt das natürlich sowohl für den Vormann als auch für den Nachmann, während, wenn die Haftung für die einzelnen Leistungen zugleich eine persönliche ist, die umgekehrte Entscheidung getroffen werden muß. Dann haftet der Nachmann für die in seiner Eigentumszeit fällig werdenden Leistungen persönlich, dagegen nicht für die Rückstände aus der Zeit seines Vormanns. Alles dies ergibt sich aus dem Wesen der Reallast von selbst.[3])

Nach § 1106 kann auch ein Bruchteil eines Grundstücks belastet, z. B. der ideelle Anteil eines Miterben kann mit einer Rente zu Gunsten der anderen Miterben beschwert werden.

---

[1]) Entsch. des Ob.Trib. Bd. 36 S. 181 ff. Bd. 77 S. 316, Turnau-Förster I S. 492.

[2]) Ueber Geldrenten vgl. unten S. 249 Anm. 3.

[3]) Eck denkt wohl daran, daß die persönliche Haftung im Zweifel entweder aus den Früchten entnommen wird oder ein Entgelt für diese ist, so daß sie dem obliegt, der die Früchte zieht.

Die Entstehung der Reallast ist, weil sie ein dingliches Recht bildet, durch Einigung und hinzukommende Eintragung zu bewirken. Der dingliche Vertrag begründet die Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Eintragung, aber er kann, weil er eben ein dinglicher Vertrag ist, nicht auch die Verpflichtungen zu solchen Leistungen begründen, die erst fällig werden, nachdem der Besteller der Reallast das Eigentum bereits veräußert hatte. Die einzelnen Leistungen werden von dem geschuldet, der Eigentümer war. Wer also die Reallast bestellt, wird Schuldner der einzelnen Leistungen erst wenn die Reallast durch Eintragung dinglich geworden ist. Wenn z. B. der älteste Sohn eines Bauern, der dem Vater den Altenteil versprochen hatte, nach Abschluß dieses dinglichen Vertrages aber vor Eintragung der Reallast das Grundstück an einen Dritten veräußert hatte, so kann er von dem Vater für die Leistungen, die nach der Eintragung fällig werden, nicht in Anspruch genommen werden, weil sie nicht während der Eigentumszeit des Sohnes zur Fälligkeit gelangt sind.

Die Klage aus der Reallast kann in zweierlei Weise erhoben werden, als Feststellungsklage über die dingliche Berechtigung im ganzen oder aber als Klage auf die einzelnen Leistungen. § 1107 bestimmt, daß auf die einzelnen Leistungen die für die Zinsen einer Hypothekenforderung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden sollen. Gemeint ist damit, daß auch diese einzelnen Leistungen mit einer dinglichen Klage gegen den gegenwärtigen Eigentümer zu verfolgen sein sollen wie Hypothekenzinsen, natürlich im Gerichtsstande der belegenen Sache, und durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück beigetrieben werden können, vgl. §§ 1120 ff.

Bei der Teilung des belasteten Grundstücks werden nach § 1108 die Eigentümer der einzelnen Parzellen Gesamtschuldner, es kann sich also der Reallastberechtigte an jeden auf die Entrichtung der Reallast halten.[1]) Bei Teilung des Grundstücks des Berechtigten wird zwar nach § 1109 jede einzelne Parzelle reallastberechtigt nach Verhältnis ihrer Größe zu derjenigen des ursprünglichen Stammgrundstücks, aber der Belastete darf dadurch nicht stärker beschwert werden. Bei Unteilbarkeit der Reallast soll eine gemeinsame Berechtigung aller Parzelleneigentümer eintreten, wieder zur gesamten Hand wie bei

[1]) Die Haftung der Miteigentümer ist streitig, s. die bei Biermann zu § 1108 Erwähnten. M. E. gelten hier §§ 420 u. 427.

Praxis, die angenommen hatte,[1]) daß, wenn das Grundstück, mit dem eine Reallastberechtigung verbunden ist, parzelliert wird, die Reallast als selbständiges Mobiliarrecht von jenen Parzellen abzutrennen ist und ein eigenes Grundbuchblatt bekommen soll.

Auf der andern Seite ist der Schuldner der Reallast immer der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstücks. Im Zweifel haftet derselbe für die Leistungen, die während der Dauer seines Eigentums fällig werden, sogar persönlich, also auch mit seinem Vermögen außerhalb des Grundstücks.

Der Schuldner wird also auch, wenn er das Grundstück inzwischen bereits veräußert hatte und gar nicht mehr Besitzer ist, doch für die Leistungen haften, die während der Dauer seines Besitzes fällig geworden sind. Freilich kann auch diese Haftung auf das Grundstück beschränkt werden,[2]) sodaß dann die Reallast allerdings das persönliche Element verliert, vgl. § 1108: „soweit nicht ein anderes bestimmt ist", d. h. die persönliche Haftung des Eigentümers ausgeschlossen ist. Der Eigentümer haftet dann für Rückstände aus der Zeit, wo er Eigentümer war, nicht mehr persönlich, sondern der Berechtigte muß sich an den Nachfolger halten, der aber natürlich auch seinerseits wieder bloß dinglich mit dem Grundstück haftet.

Wenn die persönliche Haftung ausgeschlossen ist, so gilt das natürlich sowohl für den Vormann als auch für den Nachmann, während, wenn die Haftung für die einzelnen Leistungen zugleich eine persönliche ist, die umgekehrte Entscheidung getroffen werden muß. Dann haftet der Nachmann für die in seiner Eigentumszeit fällig werdenden Leistungen persönlich, dagegen nicht für die Rückstände aus der Zeit seines Vormanns. Alles dies ergibt sich aus dem Wesen der Reallast von selbst.[3])

Nach § 1106 kann auch ein Bruchteil eines Grundstücks belastet, z. B. der ideelle Anteil eines Miterben kann mit einer Rente zu Gunsten der anderen Miterben beschwert werden.

---

[1]) Entsch. des Ob.Trib. Bd. 36 S. 181 ff. Bd. 77 S. 316, Turnau-Förster I S. 492.

[2]) Ueber Geldrenten vgl. unten S. 249 Anm. 3.

[3]) Eck denkt wohl daran, daß die persönliche Haftung im Zweifel entweder aus den Früchten entnommen wird oder ein Entgelt für diese ist, so daß sie dem obliegt, der die Früchte zieht.

Die Entstehung der Reallast ist, weil sie ein dingliches Recht bildet, durch Einigung und hinzukommende Eintragung zu bewirken. Der dingliche Vertrag begründet die Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Eintragung, aber er kann, weil er eben ein dinglicher Vertrag ist, nicht auch die Verpflichtungen zu solchen Leistungen begründen, die erst fällig werden, nachdem der Besteller der Reallast das Eigentum bereits veräußert hatte. Die einzelnen Leistungen werden von dem geschuldet, der Eigentümer war. Wer also die Reallast bestellt, wird Schuldner der einzelnen Leistungen erst wenn die Reallast durch Eintragung dinglich geworden ist. Wenn z. B. der älteste Sohn eines Bauern, der dem Vater den Altenteil versprochen hatte, nach Abschluß dieses dinglichen Vertrages aber vor Eintragung der Reallast das Grundstück an einen Dritten veräußert hatte, so kann er von dem Vater für die Leistungen, die nach der Eintragung fällig werden, nicht in Anspruch genommen werden, weil sie nicht während der Eigentumszeit des Sohnes zur Fälligkeit gelangt sind.

Die Klage aus der Reallast kann in zweierlei Weise erhoben werden, als Feststellungsklage über die dingliche Berechtigung im ganzen oder aber als Klage auf die einzelnen Leistungen. § 1107 bestimmt, daß auf die einzelnen Leistungen die für die Zinsen einer Hypothekenforderung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden sollen. Gemeint ist damit, daß auch diese einzelnen Leistungen mit einer dinglichen Klage gegen den gegenwärtigen Eigentümer zu verfolgen sein sollen wie Hypothekenzinsen, natürlich im Gerichtsstande der belegenen Sache, und durch Zwangsvollstreckung in das Grundstück beigetrieben werden können, vgl. §§ 1120 ff.

Bei der Teilung des belasteten Grundstücks werden nach § 1108 die Eigentümer der einzelnen Parzellen Gesamtschuldner, es kann sich also der Reallastberechtigte an jeden auf die Entrichtung der Reallast halten.[1]) Bei Teilung des Grundstücks des Berechtigten wird zwar nach § 1109 jede einzelne Parzelle reallastberechtigt nach Verhältnis ihrer Größe zu derjenigen des ursprünglichen Stammgrundstücks, aber der Belastete darf dadurch nicht stärker beschwert werden. Bei Unteilbarkeit der Reallast soll eine gemeinsame Berechtigung aller Parzelleneigentümer eintreten, wieder zur gesamten Hand wie bei

[1]) Die Haftung der Miteigentümer ist streitig, s. die bei Biermann zu § 1108 Erwähnten. M. E. gelten hier §§ 420 u. 427.

unteilbaren Leistungen, die mehrere Berechtigte zusammen zu fordern haben.

Hinsichtlich der Übertragbarkeit, Veräußerlichkeit, Verpfändbarkeit der Reallasten bestimmt § 1111, daß eine zu Gunsten einer bestimmten Person bestehende Reallast, also eine subjektiv persönliche, nicht in eine subjektiv dingliche verwandelt werden kann, weil damit ihr Inhalt verändert werden würde.

Abs. 2 betrifft sodann die Frage, ob eine subjektiv persönliche Reallastberechtigung an eine andere Person veräußert werden könne und ob dies von der Beschaffenheit des Anspruchs auf die einzelnen Leistungen abhängig sein solle. Ändert die einzelne Forderung ihren Inhalt mit der Person des Gläubigers, wie beim Altenteil, so ist sie nach den allgemeinen Regeln über die Cession unübertragbar.[1]) Dann kann auch die Reallast im ganzen nicht veräußert werden. Man wird a contrario schließen müssen, daß im umgekehrten Fall, wenn der Anspruch auf die einzelnen Leistungen seinen Inhalt nicht mit der Person ändert und also übertragbar ist, auch die Reallastberechtigung im ganzen veräußert oder belastet werden kann. Eine Reallastberechtigung auf eine Geldrente ändert z. B. ihren Inhalt gewiß nicht mit der Person des Gläubigers.

§ 1112 enthält die Möglichkeit der Ausschließung unbekannter Reallastberechtigter.

§ 29.

8. Hypothek.

Aus der Literatur über das Hypothekenrecht erwähne ich neben den bereits oben S. 52 ff. Genannten (Best, Böhm und Strecker) Max Hachenburg (Rechtsanwalt in Mannheim) „Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht. Mannheim 1895." Dies Buch bezieht sich auf den zweiten Entwurf, doch ist dieser ja meist unverändert geblieben. Es enthält sehr selbständige, scharfsinnige und praktische Gedanken.

[1]) Streitig ist dies namentlich für den Fall, daß einige der Leistungen die Übertragbarkeit zulassen, andere nicht, was z. B. gerade bei dem Altenteile vorkommt. Literatur bei Biermann zu § 1111. Eine Spaltung der Reallast in zwei Teile, bei der das, was an ihr abtretbar ist, einem andern überlassen wird, halte ich im Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks für unzulässig.

Besondere Beachtung verdient Oberneck „Das Hypothekenrecht des B.G.B." (Veröffentlichungen des Berliner Anwaltvereins. Heft 6 1897).[1])

In den Vorschriften über die Hypothek und die anderen Grundpfandrechte im allgemeinen schließt sich das B.G.B. hauptsächlich dem preußischen Rechte und zwar speziell dem Eigentumserwerbsgesetz vom 5. Mai 1872 an, doch mit sehr erheblichen Abweichungen. Neben die Hypothek an Grundstücken wird die Grundschuld gestellt, die wir schon im preußischen Recht haben und außerdem die Rentenschuld. Dernburg[2]) will sie lieber die Rentengrundschuld nennen zum Unterschied von der Rentenschuld der Reallast. In der Tat wäre eine andere Bezeichnung wünschenswert.[3])

Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld sind also die drei Formen des Bodenkredits nach dem B.G.B. Das B.G.B. vermeidet für alle drei die Bezeichnung Pfandrecht. Pfandrecht wird nur noch das Pfandrecht an beweglichen Sachen genannt. Allein in der Literatur faßt man trotzdem schon jetzt alle diese drei Rechte an Grundstücken und das Pfandrecht an Mobilien wieder als Unterarten eines Geltungsbegriffes „Pfandrecht" auf. Namentlich ist dafür der Kammergerichtsrat Eichhorn eingetreten (Deutsche Juristen-Ztg. Jahrg. 3 Nr. 16 S. 315). Eine zusammenfassende Bezeichnung ist in der Tat kaum zu entbehren und bei der großen Menge gemeinsamer Momente, welche alle diese vier Rechte haben, empfiehlt es sich sehr, hier einen Gattungsbegriff zu bilden, der kein anderer als der des Pfandrechts sein kann. Hier-

---

[1]) Weitere Literatur s. b. Biermann, S. 297 Nr. 6, vgl. auch des Herausgebers Vorträge: Die Hauptziele des neuen B.G.B. Breslau 1900. Kerns Verlag. S. 48 ff. Genauere Literaturangaben finden sich bei Matthiaß, Lehrbuch. Bd. II § 53 Anm. 1.

[2]) Dernburg, Bürg. R. Bd. 3 S. 587 § 208 II, 4.

[3]) Wenn bei einer Reallast auf Geldzahlungen die persönliche Haftung ausgeschlossen worden ist (s. oben S. 246 Anm. 2), so unterscheidet sie sich von einer Rentenschuld durch nichts. Es könnte hierbei das Gebot der Bestimmung einer Ablösungssumme (§ 1199, 2) leicht umgangen werden, indem man die beabsichtigte Rentenschuld als Reallast mit ausgeschlossener persönlicher Haftung bezeichnet (§ 1108 Satz 1 a. E.). Da dies nicht gestattet sein kann, so muß man die Möglichkeit der Reallasten, bei denen die persönliche Haftung ausgeschlossen wird, dann bestreiten, wenn ihr Gegenstand in wiederkehrenden Geldleistungen (Renten) bestehen soll. — Daß die Eintragung der Rentenschuld ausschließlich der besonderen Vorschrift des § 1199 unterliegt, hebt das R.G. hervor; Entsch. Bd. 54 Nr. 27 S. 93.

nach kann man Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden als Grundstückspfandrechte[1]) oder Grundpfandrechte zusammenfassen.[2])

Hypothek und Grundschuld stimmen, wie bekannt, darin überein, daß bei beiden der Berechtigte eine einmalige Kapitalzahlung aus dem Grundstück verlangen kann. Es sind dies also kapitalistische[3]) Grundverschuldungsformen, bei der Rentenschuld kann nur die Bezahlung einer Rente in Terminen verlangt werden. Die Rentenschuld ist also eine außerkapitalistische Form der Grundverschuldung. Weiter unterscheidet sich die Hypothek von der Grundschuld dadurch, daß sie wegen einer Forderung bestellt wird, die Grundschuld dagegen nicht. Also dient die Hypothek der Verbindung von Personalkredit und Grundkredit, während die Grundschuld dem reinen Grundkredit dient.[4])

Alle diese drei Formen des Pfandrechts an Grundstücken ordnet das B.G.B. gleichzeitig nach den Prinzipien der Publizität und der Spezialität. Eine Folge der Publizität ist, daß keines dieser Rechte durch bloßen Vertrag oder Rechtssatz entstehen kann, sondern nur durch Eintragung. Eine Folge der Spezialität ist, daß keine andere Haftung möglich ist, als diejenige eines bestimmten Grundstücks und für eine bestimmte Geldsumme. Damit fallen die gemeinrechtlichen Generalhypotheken weg, aber auch die Hypotheken für andere Forderungen als die auf eine bestimmte Geldsumme gerichteten.[5]) Darum bestimmt

[1]) So auch Dernburg, Bürg. R. Bd. III § 207 S. 582.

[2]) Auch bei der Grundschuld ist das Grundstück gebunden oder verpfändet, aber freilich nicht für eine Forderung, sondern nur für eine Erwartung, eine erwartete Zahlung.

[3]) Das vieldeutige Wort kapitalistisch soll hier wohl nur soviel heißen wie „auf ein Kapital, nicht aber auf Einkünfte oder Zinsen gerichtet", nicht aber „zur Verwertung des Kapitals dienend". Im letzteren Sinne ist auch die Grundschuld kapitalistisch.

[4]) Genau genommen haften auch bei dem sog. Personalkredit die Grundstücke des Schuldners, aber sie haften allen Gläubigern in gleicher Weise. Der Personalkredit ist ein solcher, der den Gläubiger vor anderen nicht bevorzugt, der Grundkredit ein Kredit mit Vorzugsrechten. Außerdem bleibt die Haftung beim Personalkredit am Vermögen des Schuldners hängen, beim Grundkredit hängt sie an der Sache und wandert mit ihr in fremde Vermögen zu fremden Personen hinüber. Der Personalkredit haftet also an der Person des Schuldners, der Grundkredit ist ein Kredit mit wandernder Haftung.

[5]) In der neueren Kreditwirtschaft erscheinen die Grundstücke als Mittel, fremde Kapitalien anzulocken, so wichtig, daß ihre Verwertung zur Unterstützung eines nicht auf Geld gerichteten Kredits verboten ist, damit sie nicht für jene Hauptaufgabe entwertet werden.

der § 28 der Grundbuchordnung, daß in der Eintragungsbewilligung das Grundstück übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Verweisung auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen ist. Zu der Eintragungsbewilligung muß die individuelle Bezeichnung des Grundstücks hinzukommen. Damit stimmt auch § 1115 des B.G.B. überein, nach dem der Gläubiger, der Geldbetrag der Forderung und der Zinssatz im Grundbuch eingetragen werden müssen.[1]) Also muß auch die Forderung spezialisiert werden.

Alle drei Rechte sind nach ihrem Inhalt auch als dingliche zu bezeichnen. Bekanntlich ist ja die Dinglichkeit besonders der modernen Hypothek von hervorragenden Gelehrten stark angefochten worden, namentlich von Sohm[2]) und von Regelsberger für das bayerische Hypothekenrecht[3]) (das mit dem unsrigen im wesentlichen übereinstimmt), und zwar aus einem Grunde, der, wenn er richtig wäre, ebenso für die Grund- und Rentenschuld zutreffen und auch diesen die Dinglichkeit entziehen würde, nämlich weil der Grundeigentümer dem Hypothekengläubiger eine Zahlung schulde, eine Zahlung aber nicht den Inhalt eines dinglichen Rechts bilden könne, sondern nur den einer Obligation. Darum sei — behaupten Sohm und Regelsberger — auch die moderne Hypothek eine Obligation, genauer eine Realobligation, eine Schuld des Eigentümers des verpfändeten Grundstücks.

Diese Lehre steht und fällt mit der althergebrachten Fassung des Klageantrags[4]) und des Urteilstenors im Pfandprozesse, wie sie wenigstens zu meiner Zeit ausnahmslos formuliert zu werden pflegten. Beide lauten dahin, daß der beklagte Grundeigentümer schuldig sei x Mark zu zahlen, bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück. Allein schon im Jahre 1883 hat Staub in Gruchots Beiträgen[5]) überzeugend nachgewiesen, daß diese alte überlieferte Formulierung unrichtig ist, weil der Grundeigentümer als solcher dem Hypotheken-

[1]) „Im übrigen kann auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden." Näheres bei Biermann zu § 1115 und unten § 31.

[2]) Grünhuts Zeitschrift Bd. 5 S. 1—37.

[3]) Das bayerische Hypothekenrecht, zweite Auflage, unter Mitwirkung von Henle 1895.

[4]) M. E. kann dieser Antrag nicht für die Natur des Rechts, das er voraussetzt, entscheidend sein. Die Dinglichkeit des Pfandrechts folgte aus seiner andauernden Entwertungskraft, vgl. oben S. 204 Anm. 1. Die bloße Befugnis, eine Sache anzufassen oder anfassen zu lassen, macht ein Recht noch nicht zum dinglichen.

[5]) Bd. 27 S. 707 ff.

gläubiger eine Zahlung nicht schulde, sondern in Wahrheit nur schuldig sei, zu dulden, daß der Gläubiger aus dem Grundstück für seine Forderung Befriedigung suche.[1]) Danach sind Petitum und Urteil am kürzesten und besten so zu fassen: „Der Beklagte ist schuldig, sich die Zwangsversteigerung des Grundstücks N. N. wegen x Mark gefallen zu lassen;“[2]) und nur, wenn der Gläubiger die persönliche Forderungsklage gegen den Grundeigentümer, der auch sein persönlicher Schuldner ist, mit der actio hypothecaria verbindet, würde in Bezug auf die Forderungsklage der Beklagte schuldig sein, x Mark zu zahlen und in Bezug auf die actio hypothecaria sich wegen dieser x Mark die Zwangsversteigerung seines Grundstücks gefallen zu lassen.[3])

Diese Auffassung ist nun in neuerer Zeit mehr und mehr durchgedrungen und ihr entspricht auch, so ziemlich wenigstens, die Fassung des grundlegenden § 1113, wonach Grundstücke in der Weise durch eine Hypothek belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung „aus dem Grundstück“ zu zahlen ist.[4])

---

[1]) Wollte man das ganz wörtlich nehmen, so würde die regelmäßige Art und Weise, in der Hypothekengläubiger befriedigt zu werden pflegen, nämlich die Bezahlung aus der Tasche des Grundeigentümers, nicht als wahre Erfüllung der vorliegenden Pflicht, sondern als eine bloße Hingabe an Zahlungsstatt anzusehen sein, eine Auffassung, die doch sicherlich nicht befriedigen könnte.

[2]) Vgl. über die juristische Natur der Ansprüche auf Duldung, jetzt Geib, Archiv f. ziv. Praxis Bd. 94 S. 357, in dem Falle des § 739, woselbst sie als Feststellungsklage bezeichnet wird. Bei der Hypothek ist sie jedenfalls mehr als dies und daraus ergibt sich m. E., daß überhaupt ihr eigentliches praktisches Ziel kein bloßes Dulden ist, sondern der Antrieb zu einer Zahlung. Freilich hält auch Dernburg die hypothekarische Klage nach heutigem Rechte für eine bloße Feststellungsklage, Bürg R. Bd. III § 263 S. 657, vgl. unten § 34.

[3]) Die h. M., der Eck folgt, überschätzt m E. Verschiedenheiten des Ausdrucks, dessen Sinn in beiden Fällen bei wohlwollender Auslegung schlechterdings übereinstimmt. Die von Eck empfohlene Formulierung hat auch die Billigung des Reichsgerichts gefunden. (Entsch. Bd. 49 Nr. 28 S. 107, 109). Die Tatsache, daß dem Kläger die Zwangsvollstreckung nur ein Mittel zu seinem Ziele (einer Geldzahlung, gleichviel aus welcher Kasse) ist, wird durch sie verdunkelt, aber nicht aus der Welt geschafft.

[4]) Der m. E. recht unglückliche, aber mehrfach verwendete Ausdruck „Zahlung aus dem Grundstücke“ (vgl. §§ 1147, 1181, 1150, 268 B.G.B. §§ 116, 117 des Zwangsvollstreckungsgesetzes) stammt aus § 42 des preußischen Eigentums-Erwerbs-Gesetzes. Ohne Kenntnis seiner Vorgeschichte würde man ihn falsch deuten müssen; denn nach den Gesetzen der deutschen Sprache erfüllt jemand eine Schuld-

Der Gesetzgeber drückt sich hier absichtlich unpersönlich aus. Er sagt nicht, daß der Grundeigentümer zu zahlen schuldig wäre, d. h. vermittels der Zwangsvollstreckung in das Grundstück oder mittels anderweitiger Verwendung des Grundstücks zur Befriedigung des Gläubigers.

Der Eigentümer kann freilich auch mit dem Gläubiger übereinkommen, und ihm das Grundstück für den Betrag einer Hypothek überlassen.[1]) Aber das sind doch besondere Fälle.

Ebenso wie hier bei der Hypothek lautet die Formulierung des § 1191 bei der Grundschuld: „Das Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke zu zahlen ist."[2]) Ebenso lautet auch die Definition für die Rentengrundschuld, § 1199. Darum stellt eben das B.G.B. auch alle drei Grundpfandrechte als dingliche in die Lehre vom Sachenrecht und unterwirft sie damit —

---

verpflichtung aus einem Grundstücke dann, wenn er Sand, Steine, Häuser auf Abbruch und dgl. leistet; denn hier wird der Gegenstand aus dem Grundstücke herausgenommen, vgl. Frhr. v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechtes, Jena 1899, S. 104. Im Sinne der neuesten Gesetzessprache bedeutet aber die Zahlung aus dem Grundstücke, wie das Reichsgericht feststellt (Entsch. d. R.G. Bd. 47 Nr. 66 S. 269): „Befriedigung aus dem im Wege der Zwangsvollstreckung erzielten Erlose des Grundstücks oder dessen Zubehör". Unter „Erlös" wird hier sowohl der Ertrag der Zwangsverwaltung als auch der Kaufpreis der Zwangsversteigerung verstanden, nicht aber, wie der Berufungsrichter angenommen hatte: jede Zahlung, welche durch Veräußerung oder Verwendung der mit dem Grundstücke für die Hypothek haftenden Gegenstände, z. B. der Versicherungsgelder, vom Eigentümer beschafft worden ist. Folglich erwirbt der Eigentümer die Hypothek für sich, wenn er sie mit Versicherungsgeldern bezahlt. Die Entscheidung des Berufungsgerichtes ist übrigens ein schlagender Beweis für die Gefährlichkeit ungenauer Bezeichnungen.

[1]) Dies wäre keine Zahlung aus dem Grundstücke, sondern eine Hingabe an Zahlungsstatt, bei der statt des Grundstücks ebenso gut eine andere Sache (Viehherde oder dgl.) verwertet werden könnte. Daß man den Begriffsumfang der „Zahlung aus dem Grundstücke" nicht analog erweitern darf, ist vom Reichsgericht a. a. O. angenommen worden. (Entsch. d. R.G. Bd. 47 Nr. 66 S. 269.) Dies ergibt sich m. E. gerade daraus, daß der Ausdruck unverständlich oder richtiger mißverständlich ist, so daß eben deshalb aus seinem Wortlaute nichts gefolgert werden kann.

[2]) M. E. hätte das Gesetzbuch auch die Aussonderungskraft der Pfandrechte im Konkurse hervorheben müssen, d. h. ihre Vorzugsberechtigung vor einfachen Forderungen; denn auch diese sind unter Umständen „aus dem Grundstücke zu zahlen" (d. h. durch Vollstreckung in das Grundstück zu befriedigen), aber ohne Bevorzugung vor anderen ähnlichen Berechtigungen.

das ist natürlich die Hauptsache — der Dinglichkeit und den allgemeinen Vorschriften über die Sachenrechte in Bezug auf Entstehung, Rang, Aufhebung und Schutz kraft öffentlichen Glaubens des Grundbuchs. Alle diese Regeln gelten für die drei Grundpfandrechte.

Streitig ist, ob der Gegenstand dieser drei Grundpfandrechte, wie man bisher ziemlich allgemein lehrt, das ganze Grundstück sei, was Dernburg[1]) auch für das B.G.B. festhält, oder ob das Objekt vielmehr nur ein gewisser Wertteil sei, was Oberneck in seiner Schrift über das Hypothekenrecht verteidigt.[2]) Bei der Eigentümerhypothek wird die Frage besonders erheblich (s. unten).

Die Gleichartigkeit aller drei Grundpfandrechte führt zu einer Folgerung, die bisher noch in keinem Gesetzbuch gezogen war: Jedes dieser Grundpfandrechte kann in ein anderes umgewandelt werden.[3]) Die Hypothek kann in eine Grundschuld verwandelt werden und die Grundschuld in eine Hypothek (§ 1198); ebenso die Rentenschuld in eine Grundschuld und die Grundschuld in eine Rentenschuld (§ 1203). Umsomehr muß natürlich von den Unterarten der Hypothek jede einzelne in die andere umgewandelt werden können. Diese Umwandlung ist nicht etwa an die Zustimmung der Nacheingetragenen gebunden; denn sie greift in deren Rechte nicht ein, weil nämlich auch bei Tilgung der vorstehenden Post ohne Löschung die Nachstehenden nach dem B.G.B. keinerlei Recht haben, aufzurücken, sondern immer der Grundeigentümer unmittelbar kraft Gesetzes in die getilgte Post eintritt (§ 1164).[4])

---

[1]) Dernburg, Bürg. R. Bd. III 2 Aufl. S. 588 § 209,11.

[2]) Es liegt hier wohl bloß eine Zweideutigkeit des Wortes „Objekt" vor. Beachtet man sie, so löst sich die Meinungsverschiedenheit auf. Grundstück und Wertteil werden beide vom Grundstückspfandrecht berührt, jedes aber in besonderer Art. Das Grundstück wird (zum Teil oder ganz) entwertet, der Wertteil wird dem Werte des Vermögens des Grundstückseigentümers entzogen, vgl. Oberneck a. a. O. S. 41. Objekte des Rechts sind also sowohl das Grundstück als auch ein Teil seines Wertes, nur das entsprechende Prädikat ist bei beiden Objekten ein anderes.

[3]) Verwandlungen ganz besonderer Art ergeben sich für die Grundpfandrechte des älteren Rechts nach Art. 192 ff. E.G. vom Augenblicke in dem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 52 Nr. 16 S. 60, Nr. 30 S. 113, Nr. 104 S. 415.

[4]) Wenn auch die Gläubiger der nachstehenden Posten bei Tilgung der vorstehenden nicht ohne weiteres nachrücken (vgl. Oberneck a. a. O. S. 40), so ist es ihnen doch nicht gleichgiltig, ob dieses oder jenes Recht ihnen vorgeht. Daß sich die Nach-

Innerhalb der drei Grundpfandrechte bekommt nun die Hypothek ihre besondere Stellung durch ihre Verbindung mit einer persönlichen Forderung. Sie kann nur zur Befriedigung wegen einer solchen Forderung begründet werden (§ 1113). Andererseits aber ist sie keineswegs ein solches Nebenrecht der Forderung, wie im römischen und gemeinen Recht.[1]) Diese Qualität hatte sie schon im preußischen Landrecht ziemlich abgestreift. Infolge dessen wird bereits die Frage erörtert, ob die Hypothek des B.G.B. überhaupt noch eine akzessorische sei. Ich glaube, diese Frage läßt sich allgemein und durchgreifend nicht beantworten. Namentlich für eine Unterart der Hypothek, die Sicherungshypothek, ist geradezu Abhängigkeit derselben von der Forderung beibehalten, dagegen nicht bei den anderen wichtigsten Unterarten. Wenn man also nur eine volle Abhängigkeit als akzessorische Qualität gelten

---

stehenden in dieser Hinsicht Änderungen gefallen lassen müssen, verschlechtert ihre Lage. Dafür werden sie anderweitig abgefunden, weil sie im Bedürfnisfalle auch selbst ihre Rechte ohne Rücksicht auf nachstehende Berechtigte umwandeln dürfen. Zu ihrem Troste dient überdies die Erwägung, daß die vorstehenden Rechte bei den gesetzlich erlaubten Umwandlungen ihrer Natur in der Regel an Belastungskraft nicht viel gewinnen werden (freilich nur in der Regel!).

[1]) Die Abhängigkeit des Pfandrechts von einer Hauptschuld nach römischem Rechte beruhte auf zwei ganz verschiedenen Bedürfnissen: 1. der Rücksicht auf den Pfandschuldner, der nicht zwecklos erweise haften will, 2. den Rücksichten des Gesamtwohls, dem es schädlich sein muß, Sachen durch zwecklose Verpfändungen zu entwerten oder unerlaubte Schuldverhältnisse durch Pfänder zu kräftigen. Die unter 1 erwähnten Rücksichten werden noch immer dadurch anerkannt, daß der Schuldner, wenn er will und der Gläubiger darauf eingeht, eine rein akzessorische Hypothek (Sicherungshypothek) herstellen kann. Dagegen sind die Rücksichten auf das Gesamtwohl, die gegen nichtakzessorische Grundstücksentwertungen sprachen, durch stärkere Gegenströmungen, die ebenfalls dem Gemeinwohle dienten, völlig zu Boden geworfen worden. Diese Strömungen dienen dem Bestreben, das bewegliche Kapital in den Dienst der Grundstücksbewirtschaftung hinüberzulocken, ein Erfolg, der dem römischen Rechte nicht gelungen war. Da nun der Kapitalist gegen nichtakzessorische und deshalb leicht verkäufliche Pfandrechte sein Geld lieber ausleiht und stundet als gegen akzessorische, hinter denen Einwände und Einreden versteckt sein können, so erlaubt die neuere Gesetzgebung nichtakzessorische Belastungen. So ist denn das römische Pfand obligatorisch akzessorisch, das moderne Grundpfand nur fakultativ. Jenes ist kraft Gesetzes von der Hauptschuld abhängig, dieses nur noch nach Parteiwunsch. — Jedenfalls war die akzessorische Natur der Hypothek mehr als ein bloßes „Dogma" (so das R.G.E. Bd. 48 Nr. 15 S. 52), sondern vielmehr ein Gesetzgebungszweck, der später durch andere wichtigere Zwecke überwunden wurde

lassen will,[1]) so kann man allerdings mit Oberneck sagen: „die Hypothek ist in ihren Hauptarten nicht mehr akzessorisch, weil sie nicht mehr abhängig ist."

Andererseits aber ist wieder anzuerkennen, daß die Zweckbestimmung der Hypothek, eine Forderung zu verwirklichen, oder für eine Forderung Befriedigung zu gewähren, sogar in die Grunddefinition des § 1113 hineingenommen und für alle Arten der Hypothek ausgesprochen ist. Am markantesten klingt nach akzessorischer Qualität die Bestimmung des § 1153: „Mit der Übertragung der Forderung geht die Hypothek auf den neuen Gläubiger über. Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden." Oberneck will freilich diesen Paragraphen restruktiv interpretieren.[2])

In diesem abgeschwächten Sinne einer Zweckbestimmung der Hypothek für eine Forderung kann man die akzessorische Qualität auch heute noch anerkennen.[3])

---

[1]) Eck hebt mit Recht hervor, daß in dieser Frage vor allem eine Einigung über den Sinn, den man dem Worte „akzessorisch" beilegen will, nötig ist.

[2]) Oberneck erwähnt S. 19 als Beschränkungen des Prinzips: die Zulassung der Eigentümerhypothek so wie des Erwerbs durch einen gutgläubigen Dritten und die Abtrennung der Forderung von der Hypothek mit „Unterlegung" einer anderen Forderung, § 1180. Der Ausdruck „Unterlegung" findet sich in den Entsch. des R.G. Bd. 44 Nr. 71 S. 294 ff. Ihre Möglichkeit folgt daraus, daß man jede Hypothek in eine Grundschuld und jede Grundschuld in eine Hypothek verwandeln darf, also auch jede Hypothek in eine andere, einer anderen Hauptschuld dienenden Hypothek. Als positive Ausnahme erwähnt Oberneck auch noch § 1190 Abs. 4.

[3]) Anders, wie auch der Text hervorhebt, Oberneck, S. 45: „Die accessorische Natur der Normalhypothek ist begrifflich abzulehnen." In Wahrheit besteht bei den normalen Hypotheken des B.G.B. die akzessorische Natur oder, was dasselbe ist, die Abhängigkeit von einer Hauptforderung, unbedingt nur der Form nach: Die Hypothek muß bei der Eintragung auf eine wirkliche oder angebliche Hauptforderung Bezug nehmen. Sie ist formell akzessorisch und damit hängt zusammen, daß auch ihre Höhe von der eingetragenen und aus der ergänzenden Eintragungsbewilligung ersichtlichen angeblichen Hauptforderung abhängig ist. Nicht aber muß ihre Gültigkeit auf das Vorhandensein einer wirklichen Hauptforderung gestützt werden. Sie ist nicht immer materiell akzessorisch. Wenn die Hauptforderung besteht und der Gläubiger selbst klagt (und nicht sein Rechtsnachfolger), so ist auch die Verkehrshypothek materiell akzessorisch. Es kann aber auch eine zur Sicherung einer Forderung bestellte Grundschuld insoweit als akzessorisch gelten, als sie solchen Einreden, die sich wider diese Forderung richten, gegenüber dem ersten Erwerber des Grundstückpfandrechtes unterliegt. Diese Abhängigkeit nennt man aber noch nicht „akzessorische Natur", sonst würde man nicht einstimmig diese Natur der Grundschuld absprechen.

Freilich ist zuzugeben, daß die Durchführung dieser Zweckbestimmung im B.G.B. viel weniger einheitlich als nach preußischem Recht gestaltet ist. Die stärkste Abweichung von der Zweckbestimmung ist die, daß die Hauptart der Hypothek, die Verkehrshypothek, so verselbständigt ist, daß die Forderung unter Umständen nur durch die Hypothek und nur in der Hypothek fortbesteht.

In dem berühmten § 1163 Satz 2 ist klar ausgesprochen, daß, wenn die Forderung erloschen ist, das Recht der Hypothek noch fortdauert. Es erscheint hier die Hypothek in Wahrheit als das Hauptrecht, und die Forderung wird nur fingiert,[1]) um die Zweckbestimmung der Hypothek formell aufrecht zu erhalten.[2]) Es liegt hier eine Erscheinung ähnlich der vor, die die Römer dahin ausdrückten: „Remanet propter pignus naturalis obligatio".[3]) Man wird aber dennoch die Zweckbestimmung nicht von vornherein für unerheblich erklären können. Es bleibt dabei, daß die Hypothek ihrem Grundwesen nach[4]) die Beziehung auf die Forderung in sich aufnimmt und nur um einer solchen willen errichtet werden kann.

Als Hauptarten sind innerhalb des Begriffsumfanges der Hypothek

[1]) So auch Dernburg, Bürg. R. § 222 S. 623. M. E. ist auch hier der Fiktionsbegriff zwar verwendbar, aber überflüssig. Man kann das, was er sagen will, auch ohne Fiktion ausdrücken. Auch bedarf es einer näheren Aufklärung, wie weit diese Fiktion reichen soll.

[2]) Vgl. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts S. 110 über die beiden entgegengesetzten Ansichten, von denen die eine die Abhängigkeit der Hypothek von der Hauptschuld als die Regel, die Unabhängigkeit als Ausnahme betrachtet, die andere aber das Umgekehrte lehrt. M. E. liegt die Wahrheit in einer Ansicht, die überhaupt nicht von Regel und Ausnahme redet, sondern die materielle Abhängigkeit der Verkehrshypothek von der Hauptschuld verneint, die formelle bejaht.

[3]) Nach Oberneck S. 46 ist die Normalhypothek lediglich eine „modifizierte Grundschuld". Es fragt sich aber vor allem, worin die Modifikation besteht. M. E. darin, daß die eingetragene Hauptforderung den Inhalt der Hypothek bestimmt, während sich diese in ihrer Existenz ohne wirkliche Hauptschuld von einer Grundschuld nicht mehr unterscheidet. M. a. W., die regelmäßige Hypothek ist akzessorisch (abhängig) nur nach ihrem Inhalte, nicht nach ihrer Gültigkeit, und sie hängt nur von der Eintragung, nicht von der Existenz der Hauptforderung ab. Man kann auch sagen, daß sie von einer angeblichen Forderung abhängt, die vielleicht existiert, vielleicht aber auch nicht, oder die bloß buchmäßig (dem äußeren Anscheine nach) zu existieren braucht.

[4]) D. h. doch genau betrachtet nur: „nach der Form ihrer Eintragung und der ergänzenden Eintragungsbewilligung".

zwei zu sondern. Die für den Verkehr bestimmte,[1]) d. h. sowohl zur Kapitalanlage als auch zur Weiterbegebung der erworbenen Hypothek hat merkwürdigerweise keinen technischen Namen erhalten. In § 1186 kommt der Ausdruck vor, „die gewöhnliche" Hypothek. So wird man sie doch in der Theorie nicht bezeichnen können. Oberneck bezeichnet sie deshalb als „Normalhypothek.[2]) Verbreiteter ist der Ausdruck „Verkehrshypothek".[3])

Diese Art spaltet sich wieder in zwei Unterarten. Es kann über sie ein Hypothekenbrief erteilt werden (§ 1116 Abs. 1)[4]). Dann erfolgt die Entstehung der Hypothek für den Gläubiger nicht schon, wie wir in Preußen zu denken gewohnt sind, durch die Eintragung, sondern erst durch die Übergabe des Briefes an den Gläubiger. Auch die Übertragung vom ersten Hypothekar auf einen andern erfolgt durch Abtretung und Übergabe des Briefes, ohne daß im Grundbuch die Umschreibung stattgefunden zu haben braucht. Ebenso ist endlich die

---

[1]) Im Grunde genommen dienen beide Hypotheken (Verkehrs- und Sicherungshypothek) ebensowohl der Sicherung der Gläubiger als den Bedürfnissen des Verkehrs. Die Behauptung Obernecks S. 8, daß die Verkehrshypothek nicht der Sicherung einer Forderung dient, halte ich für übertrieben und unhaltbar. Nur darin ist die Verkehrshypothek ausgezeichnet, daß sie in höherem Maße verkehrstüchtig ist, und die Sicherungshypothek (richtiger wäre „die bloße Sicherungshypothek") nur der Sicherung und nicht auch daneben dem Veräußerungsbedürfnisse des Berechtigten voll genügt. Sie ist die schwerer veräußerliche, diese die leichter veräußerliche Hypothek.

[2]) Vgl. z. B. Oberneck S. 9.

[3]) Nach dem oben S. 256 Anm. 3 Ausgeführten könnte man sie auch die bloß formell accessorische Hypothek nennen. Daß sie noch neben der Grundschuld ihr Leben fristet, beruht, wie Dernburg S. 585 sehr richtig schildert, auf einem wirtschaftlichen Anstandsgefühle, dessen Verbreitung beweist, daß auch in Geldsachen das Gemüt mitspricht. Aus Schamhaftigkeit sucht man den Verdacht der Abwesenheit eines rechtlich maßgebenden Verpflichtungsgrundes durch dessen bloße, rechtlich wenig bedeutsame Erwähnung abzuwehren. Man denke an die ähnliche Erscheinung, daß jemand, der seinem Freunde Geld borgt, sich gern einen Schuldschein geben läßt, nicht aber, wenn er kein Geschäftsmann ist, ein Wechselaccept. — Dazu kommt, daß in der Tat, wie der Herausgeber als Berliner Subhastationsrichter festzustellen Gelegenheit hatte, die Grundschuld öfters dazu mißbraucht wird, eine Art von wertlosem Papiergeld zu schaffen, das sodann leichtgläubigen Käufern aufgedrängt werden soll. Dieser Übelstand wird sich mit der Zeit mindern, weil in dieser Hinsicht das Publikum immer vorsichtiger wird.

[4]) Es soll dies sogar im Zweifel geschehen, wie der Wortlaut des Gesetzes klar erweist, auch weiter unten im Texte erwähnt ist.

Geltendmachung durch Vorlegung des Briefes vonseiten des Gläubigers bedingt. Es ist also hier der Brief Träger des Rechtes, geradezu Wertpapier. Darum wird diese Hypothek zwar nicht vom B.G.B. selber, aber in der Theorie „Briefhypothek" genannt. Dabei ist freilich das Eintragungsprinzip nicht streng festgehalten, indem der erste Gläubiger, für den die Hypothek eingetragen worden ist, zunächst nicht Gläubiger wird, sondern der Eigentümer des Grundstücks vor der Aushändigung selber Gläubiger der Hypothek ist, obwohl sie auf einen andern Namen lautet.[1]) Auch hier ist die Betonung des Briefes eine viel stärkere als im preußischen Hypothekenrecht. Daher ist die Briefhypothek des B.G.B., obwohl sie auf der des preußischen Rechtes beruht, doch erheblich von dieser verschieden; denn sie wird, ehe sie vom eingetragenen Gläubiger erworben wird, zunächst immer eine Eigentümerhypothek, was dem preußischen Rechte ganz fremd ist. Der Gläubiger soll die Hypothek nicht eher bekommen, als bis er den Brief erhalten hat.[2])

Die Erteilung eines Briefes kann von den Beteiligten ausgeschlossen werden (§ 1116 Abs. 2). Das war bekanntlich schon im preußischen Recht zulässig. Aber davon wurde unter der Herrschaft der preußischen Grundbuchordnung sehr wenig Gebrauch gemacht, weil zu jeder Veränderung, die mit der Hypothek vorgenommen werden soll, also zu jeder Cession, Pfändung oder Prioritätsabtretung die nachträgliche Ausstellung eines Hypothekenbriefes erforderlich war. Dagegen wird nach dem B.G.B. diese Hemmung abgeschafft. Wenn die Erteilung eines Briefes von den Beteiligten ausgeschlossen worden ist, so wird das Recht lediglich durch die Eintragung in das Grundbuch begründet, und durch eine neue Eintragung übertragen. Außerdem kann es auf Grund des Buches geltend gemacht werden.

Wegen dieses Schwergewichtes, das in dem Buche liegt, wird diese Hypothek die „Buchhypothek" genannt. Diese ist im sächsischen B.G.B. schon jetzt sanktioniert, auch in Bayern und Württemberg überwiegt sie weit die in Norddeutschland herrschende Briefhypothek.

---

[1]) Auch in diesem Stadium ist die Hypothek nur formell, nicht materiell accessorisch, vgl. oben S. 256 Anm. 3.

[2]) Die gesetzgeberische Neuschöpfung des § 1163 hat einige sehr wichtige Fragen im Dunkeln gelassen; daher sich das Reichsgericht gerade mit dieser Vorschrift in verhältnismäßig vielen Entscheidungen befaßt hat, deren Inhalt erst weiter unten in der Lehre von der Eigentümerhypothek besprochen werden soll.

Bei der Buchhypothek ist das Eintragungsprinzip allein maßgebend und viel strenger als bei der Briefhypothek. Die neue Briefhypothek ist also nach dem B.G.B. viel fester an den Brief gekettet, als nach bisherigem preußischen Recht, während umgekehrt die Buchhypothek vielmehr von dem Brief losgelöst ist.

Beibehalten sind aber diese beiden Unterarten der Hypothek, weil jede in Teilen von Deutschland eingebürgert ist und jede ihre eigenen Vorteile hat.

Man hat immer hervorgehoben, daß die Briefhypothek für den Gläubiger eine sehr leichte Weiterbegebung ermöglicht und weiter ermöglicht, daß er Zug um Zug nach Empfang der Cessionsvaluta auch die Übertragung vornehmen kann. Weiter hat sie für den Grundeigentümer den großen Vorzug, daß er den Brief nicht eher auszuhändigen braucht, als gegen Bezahlung des ihm versprochenen Darlehens. Dadurch kann er verhindern, daß die Hypothek schon vorher für den Gläubiger entsteht. Weiter braucht er das Darlehn nicht eher an seinen Gläubiger zurückzuzahlen als gegen Rückgabe des Briefes, so daß, falls er vorsichtig ist, die Hypothek für den Gläubiger nicht länger bestehen bleiben kann, als bis zu dem Zeitpunkt, wo er das Darlehen zurückerhalten hat.

Andererseits hat auch die Buchhypothek ihre Vorzüge, die sie vielleicht in Preußen künftig mehr einbürgern werden als bisher. Der Gläubiger braucht keine Urkunde aufzubewahren und kann auch keine verlieren, denn es kann stets aus dem Grundbuch mit Sicherheit erkannt werden, wer Gläubiger sei. Der Gläubiger kann mit Sicherheit darauf rechnen, von der Zwangsversteigerung Nachricht zu erhalten, worauf er bei der Briefhypothek gar nicht zählen kann. Außerdem schützt die Buchhypothek den Schuldner vor einer gar zu leichten Übertragung der Hypothek an eine fremde Person, die dem Schuldner vielleicht unbequem werden kann.

Beide Arten kehren analog wieder bei der Grundschuld. Während bekanntlich bei der Grundschuld nach preußischem Recht ein Brief allemal nötig war, sind jetzt Grundschulden mit und ohne Brief zur Auswahl nebeneinander gestellt.

Im Gegensatz zur Verkehrshypothek, die die beiden Arten in sich vereinigt, ist die Sicherungshypothek streng accessorisch und ist nur zur Deckung der Forderung als des Hauptrechtes bestimmt. Sie ist daher völlig abhängig von der Entstehung und Wiederaufhebung

der Forderung. Darum wird über die Sicherungshypothek kein Brief ausgestellt, und die Forderung hat auch an dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs keinen Anteil.

Der praktische Zweck dieser Sicherungshypothek ist ein mannigfacher. Für eine Reihe von Fällen ist sogar nur eine Sicherungshypothek zulässig, namentlich bei Unbestimmtheit der versicherten Schuldsumme, also hauptsächlich im Falle der Kautionshypothek. Statt des Namens Kautionshypothek, den das preußische Eigentumserwerbsgesetz brauchte, soll künftig Sicherungshypothek gesagt werden.[1]) Es wird also nur der Höchstbetrag eingetragen. Dernburg[2]) will freilich statt Kautionshypothek Ultimathypothek sagen.[3]) Er betont, daß dieser Ausdruck in einigen Gesetzgebungen bereits eingeführt ist und meint, die Forderung brauche nicht immer eine künftige zu sein. Wenn sie z. B. in ausländischen Papieren eingetragen sei, so wisse man auch nicht, wie viel sie am Verfalltage betragen werde, weil man den Kurs der ausländischen Münzen nicht voraus berechnen könne. Eine solche Forderung werde passend durch die Ultimathypothek gesichert. Darüber läßt sich streiten.[4])

Auch zu andern Zwecken ist diese Hypothek nötig, zur Deckung von Inhaber- und Ordrepapieren, bei größeren Anleihen, die z. B. eine Eisenbahngesellschaft ausgibt.

[1]) Und zwar ist der Umfang des Begriffs „Sicherungshypothek" bei dieser Verdeutschung erweitert worden.

[2]) Bürg. R. Bd. III, 2. Aufl., S. 671 § 243.

[3]) Fischer, Handausgabe zu § 1190 spricht von Maximalhypothek. Ebenso R.G. Entsch. Bd. 49 Nr. 39 S. 165. Es bedarf jedenfalls einer terminologischen Unterscheidung dieser Hypotheken von solchen Sicherungshypotheken, deren Betrag von vornherein feststeht. Das Reichsgericht Bd. 51 Nr. 25 S. 117 nennt neuerdings diese Hypotheken: „Höchstbetragshypotheken." Sie sind Hypotheken mit Angabe eines Höchstbetrages.

[4]) Der Sinn dieser Worte Ecks ist zweifelhaft. Soll die Sicherung durch Höchstbetragshypothek hier bloß als unpassend zurückgewiesen werden oder soll überhaupt bestritten werden, daß solche Hypotheken immer Höchstbetragshypotheken sind? Es ist nämlich in der G.B.O. § 28 Satz 2 allerdings vorgeschrieben, daß die einzutragenden Geldbeträge in Reichswährung angegeben werden sollen. Doch nimmt man an, daß ein abweichendes Verfahren die Eintragung nicht nichtig mache, vgl. z. B. Biermann, Anm. 3 zu § 1115. Dadurch kann nun eine große Ungewißheit darüber entstehen, in wie weit ein Grundstück, das solche fremde Geldschuld trägt, eigentlich belastet ist. Ich möchte daher glauben, daß Eck solche Schulden nur als Höchstbetragshypotheken eintragen lassen wollte, also im wesentlichen Dernburg zustimmt.

Auch durch richterliche Verfügung oder kraft gesetzlichen Titels kann nur eine Sicherungshypothek eingetragen werden.

An einer einzigen Stelle kennt das B.G.B. einen Pfandtitel, nämlich zum Schutz der Bauunternehmer. Im § 648 heißt es, daß der Bauunternehmer eine Sicherungshypothek auf ein Baugrundstück eintragen lassen kann. Auch die C.P.O. §§ 866 ff. nennt die Zwangshypothek Sicherungshypothek.

So haben wir denn ein wahres Hypothekenbouquet, wie Dernburg auf dem Juristentage sagte.[1]) Man hat das zu kompliziert gefunden, und es ist in der Kommission postuliert worden, man solle sich mit einer Grundschuld und daneben mit einer Sicherungshypothek begnügen; denn im Verkehr komme bei der Hypothek schon jetzt nur die reale Sicherheit in Betracht und nicht die persönliche Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Man könnte also die ganze Verkehrshypothek streichen und durch die Grundschuld oder die Sicherungshypothek ersetzen. Damit wäre man entschieden im Unrecht.[2]) Jedermann weiß, daß die Grundschuld im Verkehr nicht beliebt und verbreitet, und daß die persönliche Haftung des Schuldners im Verkehr durchaus nicht immer gleichgültig

[1]) Verhandlungen des zwanzigsten deutschen Juristentages Bd. 4 S. 434 ff.

[2]) Es war vielleicht klug, dem Publikum die Entscheidung darüber zu überlassen, ob es einzelne Bestandteile des sog. „Hypothekenbouquets" für überflüssig hält oder nicht, und namentlich dem oben geschilderten wirtschaftlichen Schamgefühle (vgl. S. 258 Anm. 3) entgegenzukommen. Sollte im Verkehrsleben in dieser Hinsicht eine gewisse Abhärtung eintreten, so würde die Grundschuld an die Stelle der Verkehrshypothek treten, ohne daß man die Klinke der Gesetzgebung zu bewegen braucht. Das erwähnte Schamgefühl beruht nämlich weit mehr auf achtungswerten Empfindungen als auch verständigen Erwägungen; denn der Schein der soliden Grundlage, den die Verkehrshypothek vor der Grundschuld voraus hat, trügt und täuscht den Sachkenner nicht. Die Hauptforderung der Verkehrshypothek kann nämlich völlig fingiert sein und doch besteht sie dann vollkräftig in der Hand des redlichen Nachfolgers des ersten Erwerbers. Es ist eine lohnende Aufgabe der Rechtsanwälte, durch Aufklärung ihrer Klienten die Scheu vor der Grundschuld zu heilen und die formell-akzessorische Hypothek allmählich absterben zu lassen. In Wahrheit sollte eine wirklich solide Denkart die Dinge als das bezeichnen, was sie sind und nicht Rechte, die materiell Grundschulden sind, als formell-akzessorische Hypotheken aufputzen. — Besondere Schwierigkeiten erwachsen dem B.G.B. freilich daraus, daß nach bisherigem Rechte die bloß formell-akzessorische Hypothek in zahllosen Exemplaren vorhanden war und beibehalten werden mußte. Auf ihr völliges Absterben ist daher schon aus diesem Grunde in absehbarer Zeit kaum zu hoffen.

ist.[1]) So ist namentlich bei großstädtischen Baugrundstücken die persönliche Haftung des Grundstückseigentümers von großem Wert, „da die Grundstücke oft erst nach der Bebauung das dazu gegebene Kapital sichern".[2]) Die Sicherungshypothek allein würde wegen ihrer streng accessorischen Qualität vielfach unbequem, unsicher und für die Weiterbegebung zu schwerfällig sein. So komme ich zu dem Resultat, daß die spöttisch sogenannte Dreifaltigkeitshypothek des B.G.B. doch innerlich sehr wohl gerechtfertigt ist.

Dafür aber sind nun allerlei andere landesrechtliche Gestaltungen der Grundpfandrechte gestrichen, namentlich das preußische antichretische Pfandrecht, bei dem der Gläubiger das Grundstück in Besitz bekam. Es konnte ein Bedürfnis sein, so lange als das Grundbuchrecht noch nicht so ausgebildet war, daß die Hypotheken vollkommen gesichert waren. Jetzt aber ist diese Ausbildung erreicht und dieses Pfandrecht überflüssig geworden. Natürlich ist aber damit die antichretische Besitzeinräumung nicht verboten.[3]) Sie kann aber nur noch als obligatorischer Vertrag auch ganz ohne Hypothek vorgenommen werden. Antichresis heißt überhaupt nur Einräumung des Besitzes anstatt der Zinsen. Sie hat also an sich mit dem Pfandrecht garnichts zu tun.[4])

§ 30.

9. Entstehung der Hypothek.

Die Vorschriften über Hypothek sind so durcheinander gewürfelt, daß man sie sich von den verschiedensten Stellen zusammen holen muß.

[1]) Hierzu ist zu bemerken, daß eine persönliche Schuld neben der Grundschuld nicht undenkbar ist, ebenso wie neben einem Wechsel, der sie sichert. Auch hier können dem Grundeigentümer gegen den schlechtgläubigen Grundschuldberechtigten Einreden aus dem gesicherten Hauptschuldverhältnisse nicht versagt werden. Die Verkehrshypothek erspart ihnen freilich die Beweislast dafür, daß das Grundstückspfand sich auf das Schuldverhältnis bezieht, aus der er Einreden erheben will. Darin liegt m. E. ihr einziger praktisch bedeutsamer Vorzug vor dem zur Sicherung einer Hauptschuld bestellten Grundschuld. Auch dieser Vorzug fällt weg, sobald die Verkehrshypothek an einen redlichen Erwerber kommt. Dieser Vorzug ist übrigens auch dadurch erreichbar, daß sich der Eigentümer bei akzessorischen Grundpfandrechten (auch Grundschulden) eine Bescheinigung darüber geben läßt, daß sie lediglich zur Sicherung einer bestimmten, dabei bezeichneten Forderung dienen sollen.

[2]) Vorbereitungsheft.

[3]) Den Besitzschutz erlangt dann der Pfandgläubiger mit der tatsächlichen Gewalt, nicht durch die Eintragung. Dieser Schutz gibt einen gewissen Ersatz für die dem besitzenden Pfandgläubiger eines Grundstücks versagte actio hypothecaria in rem.

[4]) Immerhin dienen beide Rechtsverhältnisse dazu, erwartete Leistungen zu sichern.

Man kann sich also nicht an die Reihenfolge der Bestimmungen des B.G.B. binden.

Die Entstehung der Hypothek erfordert nach der allgemeinen Regel des § 873 über die Immobiliarrechte einen dinglichen Vertrag zwischen Besteller und Erwerber und eine Eintragung.

1. Gegenstand der Hypothek kann nur ein Grundstück sein, das ein eigenes Grundbuchblatt hat, oder dasjenige, was einem solchen Grundstück gleichgestellt ist. Im B.G.B. selber ist nur ein Recht einem Grundstück gleichgestellt, das Erbbaurecht (§ 1077 Abs. 1). Indes kann nach dem Einführungsgesetz Art. 196 das Landesrecht auch andere vererbliche und übertragbare Nutzungsrechte an Grundstücken diesen letzteren gleichstellen, und davon hat bereits das preußische Ausführungsgesetz zum B.G.B. ausgiebigen Gebrauch gemacht. Nach Art. 40 sollen selbständige Gerechtigkeiten, die nach dem bisherigen Recht dem Grundstück gleichstanden und ein Grundbuchblatt im wesentlichen auch ferner so behandelt werden, somit all die Rechte, die jetzt ein eigenes Grundbuchblatt bekommen, es auch in Zukunft in Preußen behalten. Dahin gehören das Bergwerkseigentum, Schiffs-, Mühlengerechtigkeiten u. dergl. m.

Nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 1114 kann auch der ideelle Anteil eines Miteigentümers Gegenstand einer Hypothek sein.[1]) Dagegen kann es nicht mehr, wie nach der bisherigen preußischen Praxis ein reeller Teil sein. Ein solcher würde vielmehr nach der ausdrücklichen Vorschrift der Grundbuchordnung § 6 erst vom Grundstück abgeschrieben werden müssen. Ebenso kann auch nicht, wie für die preußische Praxis sogar das Reichsgericht angenommen hat, der bloße Er-

[1]) Diese Vorschrift wird in einer Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 52 Nr. 93 S. 360 in eigentümlicher Weise eingeengt. Es wird nämlich dem einzelnen Miteigentümer das Recht abgesprochen, dem Gläubiger einen Hypothekenbrief zu übergeben, der sich lediglich auf seinen Eigentumsanteil bezieht. Zu diesem Ergebnisse kommt das Reichsgericht lediglich dadurch, daß es die von ihm entschiedene Frage nicht auf die Verpfändung von Eigentumsanteilen beschränkt, sondern durchweg diese Verpfändung mit der Bestellung von Korrealhypotheken auf eine Linie stellt unter den gemeinsamen Begriff: Bestellung einer Hypothek durch mehrere. M. E. sind aber beide Fälle nur ähnlich, aber nicht identisch. Eine Analogie unter ihnen halte ich aber auf dem Gebiete des strengen Grundbuchformalismus für sehr bedenklich. — Eine Hypothek an einem Bruchteile zeigt sich auch da, wo eine Hypothek dem Eigentümer nicht als ganzes, sondern nur zu einem Teile zufällt. Entsch. Bd. 48 Nr. 51 S. 248.

trag oder die bloße Nutzung des Grundstücks Objekt einer Hypothek sein. Anders ausgedrückt: die Hypothek kann nur Substanzhypothek sein, nicht mehr Revenuenhypothek. Aber auch hier kommt wieder ein Vorbehalt des Einführungsgesetzes Art. 60 in Frage. Danach kann insbesondere bei Lehen und Fideikommissen auch die Revenuenhypothek in Zukunft konstituiert werden. Dabei ist sie ja gerade heute am wichtigsten. Art. 60 bestimmt: „Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Bestellung einer Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld an einem Grundstück, dessen Belastung nach den in den Art. 57—59 bezeichneten Vorschriften[1]) beschränkt zulässig ist, dahin gestatten, daß der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück lediglich im Wege der Zwangsverwaltung suchen kann."

2. Die Hauptforderung muß nach dem grundlegenden § 1113 bei Hypotheken auf eine bestimmte Geldsumme gerichtet sein. Sie kann nach § 1113 Abs. 2 auch eine bedingte und eine zukünftige sein. Entsteht sie dann erst nach der Eintragung, so ist ihr Rang doch durch die frühere Eintragung bestimmt. Sie hat also Priorität von einem Zeitpunkt ab, wo sie noch garnicht bestand. Das wird schon im gemeinen Recht so angenommen[2]) und bleibt also in Zukunft so rechtens.

§ 1115 schreibt genau vor, was alles bei der Eintragung der Hypothek im Grundbuch angegeben werden muß. Es ist besonders zu bemerken, daß dies eine Mußvorschrift ist.

Zunächst muß der Gläubiger bei der Eintragung angegeben werden. Im bisherigen preußischen Eigentumserwerbsgesetz haben wir bekanntlich die Vorschrift, daß ein bestimmter Gläubiger angegeben werden muß.

---

[1]) Sonderrecht des höchsten und hohen Adels, der Familienfideikommisse, Lehen und Stammgüter. Für die hierher gehörigen Grundstücke ist die Revenuenhypothek unentbehrlich, weil sie nicht frei veräußerlich sind, also ihrer Substanz nach keine Pfandsicherheit bieten können, vgl. auch E.G. Art. 192, 2.

[2]) Die Behandlung der Kredithypotheken ist nach gemeinem Rechte streitig. Näheres gehört nicht hierher. — Die Belegung von Pfandstellen mit bloß zukünftigen, zunächst nicht bestehenden Schulden birgt die Gefahr einer Ungewißheit des wahren Eigentumswertes und somit einer zwecklosen Entwertung der Grundstücke in sich. Dieser Gefahr setzt das B.G.B. wenigstens insofern ein Ziel, als es bei den Forderungen mit ungewissem Inhalte die Angabe eines Höchstbetrages verlangt. Dadurch erfahren die Gläubiger, die auf das Grundstück Geld ausleihen sollen, immer das eine mit Sicherheit, auf welchen Wertbetrag sie sich auch noch im schlimmsten Falle verlassen können.

Das hat man jetzt gestrichen. Folgeweise kann der Gläubiger fortan auch durch indirekte Bezeichnung angegeben werden, z. B. als „die Erben des Verstorbenen X Y" oder „die Konkursmasse"[1]) oder „der Testamentsvollstrecker" u. dgl. m.[2]) Dadurch nähern wir uns namentlich der hamburgischen Praxis, die schlechtweg gestattet, Eintragungen aller Art für ein Testament zu machen, das dabei wie ein Subjekt behandelt wird.

Nach demselben § 1115 ist auch der Geldbetrag der Forderung anzugeben. § 28 der G.B.O. fügt hinzu, daß er in Reichswährung angegeben werden muß. Aber, wie Dernburg[3]) wohl mit Recht bemerkt, wird eine Eintragung nicht nichtig sein, wenn eine Summe z. B. in Frankenwährung eingetragen werden sollte.[4])

Endlich ist auch der Zinssatz, genauer der bedungene Zinssatz mit einzutragen.[5]) Wenn der Zinssatz nicht mit eingetragen wurde, sondern nur eingetragen wurde, daß die Forderung verzinslich ist, aber nicht zu welchem Satz, so tritt der allgemeine gesetzliche Satz von 4 Prozent nicht an die Stelle; denn ich glaube, wie Dernburg ebenfalls annimmt,[6]) daß es sich um eine Mußvorschrift handelt, so daß der Zinssatz, der nicht eingetragen ist, nicht durch eine allgemeine Rechtsregel ersetzt werden kann.

Zur Bezeichnung der Forderung kann auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden, wie das schon früher geschah.

Sollte ein Widerspruch zwischen der Eintragung und dem darüber ausgefertigten Hypothekenbrief eintreten, so wird man wohl nach allgemeinen Prinzipien der Eintragung den Vorzug geben müssen und nicht dem Brief.

---

[1]) Eck will hiermit wohl nicht der Konkursmasse die Natur eines Rechtssubjekts zusprechen, sondern nur diejenige eines Namens, der auf den an dieser Masse Berechtigten hindeutet.

[2]) Vgl. Dernburg, Bürg. R., Bd. III S. 630 § 224, 6 b.

[3]) Bürg. R., Bd. III, 2. Aufl., S. 630 § 223, 6 c.

[4]) Über die sog. Goldklausel vgl. die Breslauer Dissertation von Perls, Die Bestimmtheit der Hypothekenschuld, Jena, Fischer 1903, § 4 S. 6 ff. Das Reichsgericht Entsch. Bd. 50 Nr. 32 S. 145 nimmt an, daß die vereinbarte Goldklausel nicht im Grundbuche selbst eingetragen sein muß. Anders das bei Dernburg S. 630 § 224 Anm. 8 angeführte Urteil des Kammergerichts.

[5]) Zu den Nebenbestimmungen, die nicht notwendigerweise in das Grundbuch eingetragen werden müssen, gehören die Festsetzungen von Beträgen, die zur Amortisierung der Hauptschuld allmählich zu zahlen sind. Entsch. d. R.G. Bd. 54 Nr. 27 S. 88 ff.

[6]) Bürg. R. III § 224 S. 631 Nr. 10.

3. Endlich ist noch der Entstehungsgrund ein drittes Moment für die Hypothek. Titel für die Eintragung einer Verkehrshypothek kann nur die Einigung des Berechtigten und des Gläubigers sein. Falls das Gesetz eine Hypothek begründet, oder eine richterliche Verfügung dazu führt, so ist die Folge immer nur eine Sicherungshypothek. Eine Verkehrshypothek kann keinen andern Titel haben als ein Realkreditgeschäft, also Einigung des Berechtigten und des Gläubigers. Jedoch läßt § 19 der G.B.O. zweckmäßigerweise die Eintragung einer Hypothek auch auf Grund einseitiger Bewilligung des Eigentümers zu.[1] Mit andern Worten: es wird nicht erst der Nachweis der Annahmeerklärung des Hypothekengläubigers verlangt. Sie wird präsumiert. Auf Grund der einseitigen Bewilligung des Gläubigers und eines hinzukommenden Antrages wird die Hypothek eingetragen.

Nicht verlangt ist im B.G.B. oder in der G.B.O, was § 19 des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes, man möchte sagen, pedantischerweise verlangte, daß der Bewilligende, der Besteller der Hypothek, als Eigentümer bereits eingetragen sein muß, wenn er die Bewilligung erklärt. § 19 des Eigentumserwerbsgesetzes sagt: „Die Eintragung erfolgt, wenn der Eingetragene oder der seine Eintragung gleichzeitig erlangende Eigentümer sie bewilligt." Also erst mußte er eingetragen sein oder gleichzeitig eingetragen werden. Dagegen genügt es nach dem B.G.B., daß der Bewilligende berechtigt, z. B. Erbe des früheren Grundstückseigentümers ist. Eingetragen braucht er nicht zu sein.

Von großer Erheblichkeit ist es nun, daß im allgemeinen Teil § 185 Abs. 2 das Konvaleszensprinzip ganz generell aufstellt, wonach eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter getroffen hat, auf zweierlei Weise konvaleszieren kann, einmal, wenn der Berechtigte sie nachträglich genehmigt, zweitens, wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt oder wenn er vom Berechtigten beerbt wird; streng genommen also auf dreierlei Weise. Es muß demnach sogar ein nachträglicher Erwerb des Eigentums durch den Bewilligenden genügen. Wenn z. B. ein bloßer Miterbe eine Hypothek an dem ganzen Nachlaßgrundstück bewilligt und später bei der Teilung wirklich Eigentümer des Nachlaßgrundstücks wird, so ist die Bewilligung wirksam. Sie ist zwar von einer Person

[1] Für die Rechtsgeschäftsnatur der Eintragungsbewilligung erklärt sich das R.G. Bd. 54 Nr. 98 S. 384. Immerhin ist sie jedoch für sich betrachtet kein selbständiges Rechtsgeschäft, sondern nur der Bestandteil des gesamten rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, der der Eintragung vorhergehen muß.

ausgestellt, die damals nicht Eigentümer war, aber wenn er es nachträglich geworden ist, so konvalesziert seine Bewilligung.

Die Eintragung genügt, um den Eingetragenen zum Hypothekengläubiger einer Buchhypothek zu machen. § 1116 bestimmt: „Über die Hypothek wird ein Hypothekenbrief erteilt" — diese Hypothek wird also als die normale gedacht —, „die Erteilung des Briefes kann ausgeschlossen werden", — also eine Buchhypothek konstituiert werden. Dann ist ein weiteres als die bloße Eintragung zum Erwerb derselben nicht erforderlich. Aber nicht ebenso genügt die Eintragung, wenn ein Hypothekenbrief erteilt werden soll; denn § 1117 lautet: „Der Gläubiger erwirbt, sofern nicht die Erteilung des Hypothekenbriefes ausgeschlossen ist, die Hypothek erst, wenn ihm der Brief von dem Eigentümer des Grundstücks übergeben wird.[1])

Hierbei sind mehrfache Surrogate oder Ersatzmittel für die Übergabe des Hypothekenbriefes zugelassen. Nach § 1117 Satz 2 namentlich jene drei Abkürzungen aus der Lehre von der Eigentumsübergabe: traditio brevi manu, constitutum possessorium und bloße Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe des Briefs. Nach § 1117 Abs. 2 genügt als Ersatz auch die Vereinbarung, daß der Gläubiger berechtigt sein soll, sich selber direkt vom Grundbuchamt den Brief aushändigen zu lassen. Dann hat der Gläubiger gleichsam mittelbaren Besitz und es wird auch eine Verschleppung, die das Grundbuchamt begeht, dem Gläubiger unschädlich. § 897 Abs. 2 der C.P.O. bestimmt, daß nach Verurteilung des Schuldners zur Bestellung einer Hypothek die Übergabe des Briefes als erfolgt gilt, wenn der Gerichtsvollzieher den Brief zur Ablieferung an den Gläubiger wegnimmt.

Nach § 1117 Abs. 3 braucht der Gläubiger, wenn er den Brief schon hat, die Übergabe nicht erst zu beweisen, sondern die Übergabe wird aus seinem Besitz heraus vermutet.

Das sind alles sehr bedeutende Erleichterungen der Übergabe. Aber es bleibt doch dabei, daß, wenn der Brief dem Gläubiger noch fehlt, er dann auch die Hypothek nicht bloß nicht geltend machen kann, wie schon nach preußischem Recht, sondern daß er sie rechtlich noch gar nicht erworben hat.

Bis zur Übergabe des Briefes an den Gläubiger steht, wie schon erwähnt, die Hypothek dem Grundeigentümer selber zu, solange ist sie Eigentümerhypothek. Das läßt § 1163 Abs. 2 mit aller wünschenswerten Deutlichkeit erkennen.

[1]) Es ist dies schon oben erwähnt, aber erst hier näher ausgeführt.

Man kann also behaupten, daß neu bestellte Hypotheken hiernach meistenteils zunächst das Stadium der Eigentümerhypothek durchlaufen werden, oder noch paradoxer ausgedrückt: Es wird in der Mehrzahl der Fälle das Grundbuch zunächst unrichtig sein, indem im Grundbuch der Gläubiger eingetragen ist, während die Hypothek bis zur Aushändigung des Briefes an ihn eine Eigentümerhypothek ist und nicht dem Gläubiger, sondern dem Grundeigentümer zusteht.[1])

Danach kann der Eigentümer bis zur Aushändigung des Briefes an den Gläubiger über die Hypothek verfügen. Er kann sie z. B. irgend einem anderen als dem Gläubiger, für den sie eingetragen wurde, abtreten, oder er kann sie löschen lassen. Dadurch wird ein Satz aus der Eigentumslehre unanwendbar. § 952 bestimmt: „Das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldschein steht dem Gläubiger zu." Das Gleiche gilt für Urkunden über andere Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, insbesondere für Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuld-Briefe.[2]) Das wird für unseren Fall durch die besondere Bestimmung des § 1163 ausgeschlossen. Wenn der Grundeigentümer, ehe der Brief an den Gläubiger abgeliefert wurde, in Konkurs verfällt, so hat der Gläubiger kein Aussonderungsrecht auf den Hypothekenbrief, denn er war ja noch nicht Eigentümer daran, sondern er konnte höchstens als Konkursgläubiger einen Anspruch auf Übergabe des Briefes erheben. Dinglich sicher ist der Gläubiger nur dann, wenn er noch vor Eröffnung des Konkurses eine Vormerkung zur Wahrung seines Anspruches auf den Hypothekenbrief in das Grundbuch hat eintragen lassen, sonst nicht. Es wird also in Zukunft praktisch einen ungeheuren Unterschied machen, ob derjenige, der dem Grundeigentümer

[1]) Der Zweck dieser neuen Vorschrift ist offenbar folgender: Hat der Eigentümer eine Hypothek eintragen und einen Brief anfertigen lassen, so sind ihm Unkosten erwachsen. Zahlt dann der Gläubiger nicht die erwartete Summe, so wären diese Unkosten zum Fenster herausgeworfen, wenn der Eigentümer nicht das Recht hätte, sich einen neuen Geldgeber zu suchen und ihm die eingetragene Hypothek zu überlassen, ohne eine völlig neue Eintragung bezahlen zu müssen (vgl. hierzu Entsch des R.G. Bd. 48 Nr. 15 S. 48 ff.). Hat ferner der Eigentümer mehrere Gläubiger hintereinander eintragen lassen und dem zweiten den Brief gegen Kapitalzahlung gegeben, vom ersten aber kein Geld erlangen können, also dessen Brief in der Hand behalten, so würde es unbillig erscheinen, wenn der zweite nachrückte. Dem schiebt § 1163 einen Riegel vor.

[2]) Oben ist diese Vorschrift von Eck übergangen worden, vgl. S. 132 Anm. 3.

vor dem Konkurs ein Kapital abgibt und sich dafür eine Hypothekenbestellung erklären läßt, sich zugleich ausbedingt, daß der Hypothekenbrief ihm direkt ausgehändigt werden soll, oder ob er dies versäumt. Nur im ersteren Falle hat er sich gesichert.[1])

§ 31.

10. Übertragung der Hypothek.

Gegenstand der Übertragung kann nach § 1153 Abs. 1 nur die Forderung und die Hypothek zusammen sein. „Mit der Übertragung der Forderung geht die Hypothek auf den Gläubiger über. Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden." Darum spricht nun auch das B.G.B., wie man im ersten Moment zu übersehen geneigt ist, in der ganzen Lehre konstant immer von Abtretung oder Übertragung der „Forderung" und nicht der „Hypothek". So gleich im folgenden § 1154, der bestimmt, was zur Abtretung der Forderung nötig ist, die hier also als Hauptrecht erscheint und der Hypothek folgt, wie der Schatten dem Leibe.[2])

Die Übertragung der Forderung erfolgt nach § 1154 Abs. 3 zunächst bei der Buchhypothek lediglich nach den allgemeinen Regeln des § 873: „Ist die Erteilung des Hypothekenbriefes ausgeschlossen, so finden auf die Abtretung der Forderung die Vorschriften der §§ 873 und 878 entsprechende Anwendung." Also haben wir hier die merk-

[1]) Von § 1163 ist noch weiter unten die Rede.

[2]) Der Leib, dem der Schatten folgt, ist genau genommen, nicht notwendigerweise eine wirklich vorhandene, sondern nur eine in dem Grundbuche (und der ergänzenden Eintragungsbewilligung) vermerkte entweder wirkliche oder auch nur vermeintliche, bloß auf dem Papier stehende Forderung. Sonst könnte nicht der redliche Erwerber eine Forderung erlangen, die gar nicht bestand. Ihm wird eine Forderung nicht eigentlich übertragen, sondern nur durch Willenserklärung verschafft. Darum ist auch der eingetragene Eigentümer, der dem redlichen Erwerber ein Recht verschafft, das ihm selbst fehlte, hinsichtlich dieses Rechts kein Veräußerer und sein Rechtsgeschäft kann nicht als alienatio in fraudem creditorum angefochten werden. Entsch. des R.G. Bd. 51 Nr. 11 S. 45. Auch bei der Eigentümerhypothek (namentlich im Falle des § 1163) kann vom Eigentümer einem Nichteigentümer eine Forderung verschafft werden, die tatsächlich vorher noch nicht bestand und an die sich die Hypothek nur deshalb anlehnt, weil diese Forderung wenigstens formell, d. h. auf dem Papiere, vorhanden war (s. unten).

würdige Konsequenz, daß bei der Buchhypothek auch die Forderung gar nicht anders übertragen werden kann als durch Eintragung; denn die Forderung kann nicht ohne Hypothek übergehen.[1])

Dagegen ist bei der Briefhypothek nach § 1154 Abs. 1 nur schriftliche Abtretung und Übergabe des Briefes[2]) erforderlich.[3]) Die Abtretung kann also auch in privatschriftlicher Form erfolgen. Freilich sind auch hier wieder für die Übergabe jene Ersatzmittel zugelassen, die wir schon aus § 1117 kennen, die traditio brevi manu, das constitutum possessorium und Abtretung des Anspruches auf Herausgabe. Dieser Paragraph ist indes sehr geeignet, ein falsches Bild zu erwecken.[4]) Es wiederholt sich hier ein ähnliches Schauspiel wie bei der Cession von gewöhnlichen Forderungen, die nicht durch Hypothek gesichert sind, wo zwar eine formlose Abtretung genügt, aber nachher der Cessionar durchaus nicht volle Gläubigermacht erhält, wenn er nicht eine schriftliche Urkunde über die Cession vorlegen kann. Zunächst ist nämlich gesagt, daß die Abtretungserklärung in schriftlicher Form genüge, aber nachher kommt zum Vorschein, daß zur Ausübung des Rechtes dem Grundeigentümer gegenüber vielfach eine beglaubigte Abtretungserklärung erforderlich ist.

Daraus folgt § 1154 Abs. 1 Satz 2: „Der bisherige Gläubiger hat auf Verlangen des neuen Gläubigers die Abtretungserklärung auf seine Kosten öffentlich beglaubigen zu lassen." Der bisherige Gläubiger ist also zur öffentlichen Beglaubigung ebensogut verpflichtet, wie der Cedent im allgemeinen schuldig ist, auf Verlangen des Cessionars diesem eine schriftliche Abtretungserklärung auszustellen. Natürlich ist diese öffentliche Beglaubigung dem Erwerber der Hypothek äußerst wünschenswert. Eine privatschriftliche Abtretung, die nicht einmal ein Datum zu haben braucht, kann sehr leicht falsch datiert werden, z. B. in einen

[1]) Vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 54 Nr. 95 S. 365.

[2]) Einen Fall, in dem zwischen einer notariellen Einräumung der bestellten Hypothek und der Übergabe des Briefes ein Konkurs über das Vermögen des Bestellers ausbrach, behandelt die Entsch. des R.G. Bd. 51 Nr. 69 S. 287. Es nimmt an, daß hier nach § 15 Konk.Ordn. die Hypothek entstanden, ihre Anfechtung aber nach §§ 29 ff. der Konk.Ordn. dennoch möglich ist (vgl. oben zu § 878 S. 64).

[3]) Diese Vorschrift bezieht sich nur auf die wirkliche Cession, nicht auf ein bloßes pactum de cedendo, vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 45 Nr. 43 S. 146 ff.

[4]) Er weicht vom bisherigen Recht ab, vgl. Entsch. des R.G. Bd. 47 Nr. 36 S. 160.

Zeitpunkt zurückverlegt werden, wo etwa ein Widerspruch gegen die Hypothek in das Grundbuch noch nicht eingetragen war. In der Tat verdient diese privatschriftliche Übertragung keine Förderung. Oberneck sagt mit Recht, sie werde sich in der Praxis nicht einbürgern.[1])

Der Mangel der Schriftform kann durch Eintragung geheilt werden, nach § 1154 Abs. 2: „Die schriftliche Form der Abtretungserklärung kann dadurch ersetzt werden, daß die Abtretung in das Grundbuch eingetragen wird." Weil zu der Eintragung doch eine beglaubigte Bewilligung des Cedenten erforderlich ist, kann der Mangel der Schriftform bei der Abtretung nachträglich geheilt werden, wenn auf Grund dieser beglaubigten Bewilligung die Eintragung erfolgt.

Durch diese Fähigkeit des Hypothekenbriefes, den Übergang des dinglichen Rechts der Hypotheken zu vermitteln, bekommt, prinzipiell ausgedrückt, der Brief in der Tat Buchfunktion, und das Eintragungsprinzip wird dadurch durchbrochen. Hieraus folgt:

a) Eine zusammenhängende Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen, die auf einen eingetragenen Gläubiger zurückführen, legitimieren den letzten Cessionar gerade so gut, als wenn er im Grundbuch eingetragen wäre (§ 1155). Also wenn A eingetragen ist und die Abtretungen von A an B und von B an C bis Z ununterbrochen erklärt und öffentlich beglaubigt worden sind, so hat Z dieselben Rechte wie ein eingetragener Gläubiger.

Da § 1155 ausdrücklich auf die §§ 891—899 zurückverweist, so sind damit etwaige Mängel im Veräußerungsrecht eines Vormannes, der einer Beschränkung unterworfen war, für den letzten Cessionar unschädlich. Der Hypothekenbrief bekommt geradezu Ordre-Qualität wie ein Wechsel, der durch eine Kette von Indossamenten den letzten Indossatar zur Ausübung des Rechts legitimiert. Nach § 1155 ist das Gleiche auch bei einem gerichtlichen Überweisungsbeschluß und bei einem öffentlichen Anerkenntnis eines gesetzlichen Übergangs der Forderung anzunehmen.

---

[1]) A. a. O. S. 20. Immerhin hat die privatschriftliche Übertragung den Zweck, den Veräußerer der Forderung dem Erwerber endgültig zu binden, wenn dieser auch noch nicht das erworbene Recht verwerten kann, und ihm einen Anspruch auf Beglaubigung des Abtretungsgeschäfts zu geben, § 1154, 1 Satz 2. Auch sichert sie den Gläubigern des Erwerbers für den Fall eines ausbrechenden Konkurses seines Rechtsvorgängers das bereits erworbene Hypothekenrecht.

Bemerkenswert ist auch, daß bei diesem Übergang kein Unterschied zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Abtretung gemacht wird. Auch wenn in der Kette von Abtretungen Schenkungen mit untergelaufen sind, wird dadurch der Übergang in keiner Weise gehemmt.

b) Der Gläubiger kann ein Recht aus der Hypothek, etwa Kündigung der Forderung, Erhebung des Anspruchs auf Befriedigung u. s. w. immer dann ausüben, wenn er den Brief und die sonstigen Urkunden (§ 1160) vorlegt. Das kennen wir aus dem preußischen Recht.

Bemerkenswert ist, daß § 1160 Abs. 1 auf den § 1155 zurückverweist. Dort waren öffentlich beglaubigte Urkunden verlangt, damit der Gläubiger das Recht ausüben könne. Der Grundeigentümer ist also selbst bei Vorlegung des Briefes und privatschriftlicher Abtretungserklärung noch nicht verpflichtet zu leisten, sondern kann öffentlich beglaubigte Urkunden verlangen. Umsomehr hat der Gläubiger Veranlassung, sogleich für öffentliche Beglaubigung zu sorgen.

c) Der Gläubiger hat bei Verlust des Hypothekenbriefes das Recht auf ein Aufgebot. § 1162 bestimmt: „Ist der Hypothekenbrief abhanden gekommen oder vernichtet, so kann er im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden."

d) Der Grundeigentümer kann nach § 1144 bei Befriedigung des Gläubigers Aushändigung des Briefes und der sonstigen Legitimationsurkunden verlangen, die zur nunmehrigen Berichtigung des Grundbuchs oder zur Löschung erforderlich sind. Nach § 1145 kann der Grundeigentümer, wenn er Teilzahlungen an den Gläubiger leistet, dafür Abschreibung dieser geleisteten Zahlungen in dem Brief verlangen. Ebenso steht es nach § 1150, wenn der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück verlangt. Dann hat er diese Befriedigung nur gegen Rückgabe des Hypothekenbriefes in Anspruch zu nehmen.

e) Nach § 1140 gilt der Inhalt des Hypothekenbriefes auch gegen den Erwerber als ihm bekannt. Wenn also der Brief eine Unrichtigkeit des Grundbuchs ergibt, so kann sich der Erwerber nicht zu seinem Schutz auf das Grundbuch berufen. Wenn z. B. der Brief einen Quittungsvermerk des Vorgläubigers über eine Teilzahlung oder Abschlagszahlung enthält, oder wenn der Brief eine Zinsherabsetzung enthält, während ein entsprechender Vermerk sich nicht im Grundbuche findet, so muß dennoch der neue Erwerber der Hypothek diesen Vermerk gegen sich gelten lassen und kann sich nicht darauf berufen, daß im Grund-

buch darüber nichts stehe und daß er also keine Kenntnis davon gehabt habe. Der Erwerber muß hiernach den Briefinhalt prüfen. Das kann unter Umständen, wie Dernburg[1]) mit Recht bemerkt, bei sehr alten Hypothekendokumenten schwierig sein.

Dagegen geht das B.G.B. nicht so weit, wie man vielleicht erwarten kann, auch umgekehrt, wenn ein nachteiliger Vermerk z. B. eine Zinsherabsetzung oder ein Widerspruch gegen die Hypothek im Grundbuch eingetragen ist, aber im Brief fehlt, dies dem Erwerber zu gute kommen zu lassen. Dieser Fall soll freilich möglichst vermieden werden. Nach den Vorschriften des § 62 Abs. 1 der G.B.O. hat das Grundbuchamt jede Eintragung, die bei einer Hypothek im Grundbuch erfolgt, auch auf dem Brief zu vermerken und zwar von amtswegen. Nötigenfalls ist, wie derselbe § 62 Abs. 2 bestimmt, der Besitzer des Briefes zur Vorlegung desselben anzuhalten, damit der Vermerk auf dem Briefe eingetragen werden könne. Wenn aber der Grundbuchrichter einen derartigen Vermerk auf dem Briefe unterläßt, oder wenn z. B., nachdem ein Widerspruch in das Grundbuch zufolge einer einstweiligen Verfügung bereits eingetragen ist, nun der Besitzer des Hypothekenbriefes nicht ermittelt werden kann, weil der Brief umläuft, so hat der Erwerber des Briefes nicht das Recht, seine Unkenntnis des Grundbuchinhalts durch Berufung auf den Brief, der einen Widerspruch oder sonstigen Vermerk nicht enthalte, zu entschuldigen. Man hat dies dahin ausgedrückt, daß das Prinzip des öffentlichen Glaubens sich vom Grundbuch auf den Hypothekenbrief nach der negativen Seite erstrecke, indem der Inhalt des Briefes den guten Glauben des Erwerbers ausschließe, nicht jedoch auch nach der positiven Seite, sodaß der vom Grundbuch abweichende Inhalt des Briefes guten Glauben für den Erwerber begründete. Das ist vollkommen exakt formuliert und nach dem Gesagten gewiß auch ohne weiteres verständlich.

Die praktische Folge ist natürlich die, daß, wer eine Briefhypothek erwerben will, beides prüfen muß, sowohl den Brief als auch das Grundbuch. Denn wenn eines derselben eine der Hypothek schädliche Vormerkung enthält, so muß der Erwerber sie gegen sich gelten lassen.

Hachenburg[2]) drückt diesen Gedanken etwas extremer aus: Der Inhalt des Hypothekenbriefes kann nach seiner Darstellung dem

[1]) Bürg. R. III S. 651, § 233 IV.
[2]) Vorträge S. 307.

Erwerber schaden, aber nicht nützen.[1]) Das sagt in dieser Fassung wohl zu viel.

Es bleibt freilich die Möglichkeit, einen Widerspruch, der inzwischen bereits in das Grundbuch eingetragen wurde, zu Gunsten eines Erwerbers dadurch zu umgehen, daß der Hypothekenbrief jemandem übergeben wird mit einer privatschriftlichen Erklärung, die das Datum der Abtretung aus einer Zeit trägt, wo jener Widerspruch in das Grundbuch noch nicht eingetragen war. Hier zeigt sich die ganze Gefährlichkeit des Satzes, daß eine privatschriftliche Abtretungserklärung genügen soll, und um so mehr ist zu wünschen, daß sie in der Praxis nicht um sich greift.

Die Wirkung einer Übertragung umfaßt grundsätzlich zugleich Übergang von Forderung und Hypothek zusammen. Es kann also nicht die Forderung abgetreten und die Hypothek zurückbehalten werden. Vielmehr würden trotz eines solchen Vorbehalts entweder beide Rechte zusammen übergehen, wenn die Erfordernisse des Übergangs erfüllt sind,[2]) oder es würde keins von beiden übergehen. Natürlich ist es etwas anderes, wenn etwa der Cedent auf die Hypothek verzichtete.[3]) Dann würde sie freilich nicht mit übergehen, aber sie würde ihm auch nicht verbleiben, sondern dem Grundeigentümer als Eigentümerhypothek zufallen.

Auch die Hypothek kann nicht ohne Forderung übertragen werden. Der Grundbuchrichter dürfte die Hypothek gar nicht allein umschreiben,

---

[1]) Dem Zwecke, den der Brief dient, würde freilich nur dann ganz entsprochen werden, wenn sein Inhalt für den redlichen Erwerber empfehlbar wäre. Dadurch, daß ihm vorsichtshalber der Gang zum Grundbuchamte zur Notwendigkeit wird, ist die Verkäuflichkeit der Hypothekenbriefe in nicht unerheblicher Weise erschwert worden. Demgegenüber steht der Vorteil, daß der Gläubiger, dessen Brief gegenüber dem Grundbuchblatte unvollständig ist, sich nicht nach dem Inhalte des Briefes durch dessen Veräußerung einen unerlaubten Erwerb verschaffen kann, sondern diesen Erwerb deshalb nicht zu erlangen vermag, weil der Erwerbslustige vorsichtigerweise das Grundbuch einsehen muß.

[2]) In diesem Falle kann der Vorbehalt überhaupt nicht ernst gemeint sein. Er müßte sonst vom Übertragungswillen unabhängig sein, was kaum denkbar ist. Darum bleibt er unbeachtet. — Man kann nicht etwas zugleich übertragen und für sich behalten wollen.

[3]) Eck denkt wohl an einen Verzicht, der gegenüber dem Grundstücksgläubiger abgegeben ist. Einen Verzicht des neuen Gläubigers gegenüber dem alten zu Gunsten des dritten Grundstückseigentümers nimmt er wohl schwerlich als möglich an. Einem solchen würde die gesetzliche Anerkennung fehlen.

wenn ihm etwa eine Abtretungserklärung vorgelegt wird des Inhalts, daß nur die Hypothek und nicht auch die Forderung übertragen werden sollte.

Ist nun aber die Übertragungserklärung, wie sie es sein soll, auf Forderung und Hypothek zusammen erstreckt, so kommt einem redlichen Erwerber nach dem schon besprochenen § 1138 der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht bloß in Bezug auf die Hypothek zu gute, sondern auch in Ansehung der Forderung und der dem Eigentümer gegen diese Forderung zustehenden Einreden. Fischer nennt in seiner Handausgabe[1]) diese Bestimmung eine sehr wichtige.[2]) Da nämlich der öffentliche Glaube des Grundbuchs auch die Forderung stärkt, kann der Gläubiger bei Erhebung seiner Pfandklage[3]) auch seine Forderung einfach durch Bezugnahme auf das Grundstück beweisen. Er muß ja, wenn er die Pfandklage erhebt, sie immer dartun; dazu genügt die Eintragung der Forderung im Grundbuch. Weiter folgt: Der Eigentümer hat bei der Hypothekenklage keine Einrede[4]) gegen den Gläubiger, die nicht aus dem Grundbuch ersichtlich wäre; denn auch in Ansehung der Forderung gilt ja der Grundbuchinhalt als richtig. Wenn die Einrede nicht gebucht war, braucht der Gläubiger sie nicht gegen sich gelten zu lassen. Die Einrede der Tilgung, des Betruges u. dergl. m. sind daher gegen den Erwerber unzulässig. Noch mehr! Die Forderung ist auch der Verjährung entzogen. Gegen das Grundbuch läuft keine Verjährung.[5]) Wenn der Schutz der Hypothek auch der Forderung zu gute kommt, so kann auch der Forderung die Verjährungseinrede nicht opponiert werden. Hiernach profitiert also die Forderung von der Hypothek. Es ist eben, wie schon angedeutet wurde, das sogenannte Nebenrecht der Hypothek hier aufrecht erhalten,

---

[1]) zu § 1138 B.G.B.

[2]) Auch das Reichsgericht hebt hervor (Entsch. Bd. 52 Nr. 27 S. 103), daß der gute Glaube des Buches in den §§ 892, 1138 und 1155 gegenüber dem preußischen Rechte erheblich erweitert worden sei.

[3]) Nur bei dieser, nicht etwa bei einer bloßen Einklagung der Hauptschuld vgl. Entsch. des R.G. Bd. 49 Nr. 2 S. 7 ff., Bd. 49 Nr. 89 S. 367, vgl. oben S. 82.

[4]) d. h. im weiteren Sinne des Wortes. Vgl. Entsch. des R.G. Bd. 51 Nr. 11 S. 45, wo von einer „Einrede" der teilweise fehlenden Valuta gesprochen wird, die nur dem ersten Erwerber entgegensteht, nicht dem Nachfolger. Über älteres Recht vgl. Entsch. Bd. 47 Nr. 50 S. 230.

[5]) Vgl. oben S. 92 Anm. 3.

wie die Römer sagten: remanet propter pignus naturalis obligatio. Jedoch profitiert die Forderung von der Hypothek doch nur in der Richtung der Forderung gegen den Grundeigentümer als solchen und nicht auch in ihrer Richtung gegen den vielleicht davon ganz verschiedenen persönlichen Schuldner.[1]) Denn eben nur insofern die Forderung von der Hypothek getragen wird, also nur in ihrer Richtung gegen den Grundeigentümer gilt der Paragraph über den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs. Oberneck,[2]) der der akzessorischen Qualität der Hypothek keineswegs zugetan ist, sieht in diesen Sätzen eine Beschränkung des Prinzips, daß Forderung und Hypothek zusammen gehören. Wenn man die Forderung nicht bloß in der Richtung gegen den Grundeigentümer denkt, sondern zugleich in der Richtung gegen den persönlichen Schuldner,[3]) so ist das vollkommen richtig.[4]) Aber in der hervorgehobenen Beschränkung, daß die Forderung nur als eine gegen den Grundeigentümer gerichtete gemeint ist, scheint mir eine Beschränkung des Grundsatzes der Zusammengehörigkeit beider Rechte hier nicht vorzuliegen.[5])

Wohl aber ist Oberneck unbedenklich zuzugeben, daß einzelne Beschränkungen dieses Prinzips statuiert werden, namentlich durch die Zulassung der Eigentümerhypothek und weiter durch die Zulassung der im gemeinen Recht sogenannten successio hypothecaria, eines sehr wichtigen Instituts. Im § 1180 ist nämlich gestattet, daß die Hypothek nun doch von einer Forderung abgetrennt und an Stelle der Forderung eine andere als die versicherte gesetzt werden kann, wie das die Römer auch schon zugelassen haben. Es wird für diese Änderung nur eine Einigung des Gläubigers und des Eigentümers sowie Eintragung

---

[1]) Vgl. die Entsch. des R.G. oben S. 276 Anm. 2.

[2]) S. 19.

[3]) Eck meint hier wohl einen vom Grundeigentümer verschiedenen persönlichen Schuldner.

[4]) Weil nur in der einen Richtung, nicht aber in der andern aus der Eintragung eine Vermutung entspringt.

[5]) Auch hier kommt ein Dualismus zwischen Hauptforderung und Hypothek in Frage. Klagt nämlich der Gläubiger, dessen Hypothek vielleicht wegen der vorstehenden Rechte wertlos ist, gegen den Grundeigentümer, der zugleich Hauptschuldner ist, lediglich die persönliche Forderung ein (um die neben dem Grundstücke vorhandenen Vermögensstücke pfänden zu lassen), so steht ihm die Vermutung der Gültigkeit der eingetragenen Schuld nicht ohne weiteres zur Seite, während ihm eine solche bei Erhebung der Hypothekenklage zur Seite gestanden haben würde.

in das Grundbuch erfordert. Da wird allerdings dem akzessorischen Prinzip ein starker Abbruch getan, indem der Schatten hier vom Leibe getrennt und an einen andern Leib geknüpft werden kann.[1])

§ 32.

11. Umfang von Forderung und Hypothek. (§§ 1118—1131.)

Der Umfang der Hypothek ist natürlich nach zwei Seiten zu prüfen: a) nach der Seite der versicherten Forderung, b) nach der Seite des haftenden Grundstücks.

Außer für die versicherte Forderung selber haftet das Grundstück auch für gewisse Erweiterungen derselben infolge der Eintragung, nämlich nach § 1118 für die gesetzlichen Zinsen sowie für die Kosten der Kündigung und der Beitreibung. § 30 des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes ließ das Grundstück sogar für die Kosten der Eintragung haften. Das ist hier gestrichen. Dagegen haftet für Konventionalzinsen, also für geschäftliche Zinsen, und für andere Nebenleistungen das Grundstück nicht ohne weiteres, sondern nach § 1115 Abs. 1 nur, wenn diese im Grundbuch eingetragen sind. Jedoch ist hier wieder eine Erleichterung geschaffen. Wenn einmal die Konventionalzinsen eingetragen sind, so kann, wie jetzt schon in Preußen, der Zinsfuß nachträglich vertragsmäßig bis zu 5 Proz. erhöht werden. § 1119 lautet: „Ist die Forderung unverzinslich, oder ist der Zinssatz niedriger als fünf vom Hundert, so kann die Hypothek ohne Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten dahin erweitert werden, daß das Grundstück für Zinsen bis zu fünf vom Hundert haftet."[2])

Nach der Seite des Grundstücks und der Ausdehnung der Haftung desselben auf andere Objekte sind die Sätze erheblich komplizierter. Außer dem Grundstück haften für die Forderung — wie auch nach § 30 des Eigentumserwerbsgesetzes, aber unter erheblicher Überschreitung der dortigen Bestimmungen — zahlreiche andere Gegenstände.

---

[1]) Vgl. oben S. 256 Anm. 2 u. 3.

[2]) Sogenannte höhere Zinsbelastung, R.G. Entsch. 47 Nr. 36 S. 160. Die Zulässigkeit der Rangstelle später eingetragener Hypotheken ist hier in unbedeutendem Umfange vermindert, damit der Grundeigentümer sich bei den vorstehenden Posten durch eine mäßige Zinserhöhung eine Kreditverlängerung verschaffen kann.

a) Es haften mit dem Grundstück nach § 1131 Stücke, die dem verpfändeten Grundstück behufs Vereinigung zugeschrieben sind. Wenn diese zugeschriebenen Stücke schon vor der Zuschreibung belastet waren, so werden die darauf eingetragenen Lasten durch die Vereinigung des zugeschriebenen Grundstücks mit einem anderen nicht verkürzt.[1])

b) Weiter haften nach § 1120 mit dem Grundstück auch die getrennten Erzeugnisse und sonstigen Bestandteile, wenn sie nicht etwa einem anderen als dem Grundeigentümer zu Eigentum zugefallen sind, z. B. einem Nießbraucher oder Pächter, die im Besitze sind. Sonst werden sie von der Hypothek nicht ergriffen. Ähnlich steht es mit dem Zubehör des Grundstücks. Auch dieses wird von der Hypothek mit erfaßt mit Ausnahme der Zubehörstücke, die garnicht in das Eigentum des Grundeigentümers gelangt sind.[2])

Aber auch diese Gegenstände, die getrennten Erzeugnisse, sonstigen Bestandteile und Zubehörstücke werden frei durch Veräußerung und Entfernung vom Grundstück, wenn nicht der Gläubiger eine richterliche Beschlagnahme vorher erwirkt hat (§ 1121).[3]) Als Beschlagnahme gilt nach dem Zwangsversteigerungsgesetz ohne weiteres auch die gerichtliche Anordnung einer Zwangsversteigerung oder aber einer Zwangsverwaltung. Davon werden sämtliche einzelnen Stücke ergriffen, die zu dem Grundstück gehören. § 1122 bestimmt, daß bei der Trennung jener Stücke in den Grenzen einer ordentlichen Wirtschaft auch schon die bloße Entfernung genügen soll, um sie pfandfrei zu machen. Wenn nach einem von Dernburg gebildeten Beispiele,[4]) etwa ein Winzer, dem ein verpfändeter Weinberg gehört, den vom Pfandgrundstück gewonnenen Wein in gemieteten Kellern auf einem fremden Grundstück lagert, so ist durch die bloße Entfernung des Weins dieser von der Hypothek frei geworden. Wenn er dagegen auf seinem Pfandgrundstück besondere Kellereien hat und den Wein dort ablagert, so ist eine Ent-

---

[1]) Res inter alios acta tertiis non nocet.

[2]) Vgl. Entsch. des R.G. Bd. 51 Nr. 65 S. 273 (Dampfkessel), anderweitige Beispiele vgl. Entsch. Bd. 50 Nr. 16 S. 72. Die Zubehöreigenschaft und die daran geknüpfte Haftung kann unter Umständen auch durch den Konkursverwalter des Grundstückseigentümers begründet werden, vgl. Entsch. des R.G. Bd. 53 Nr. 87 S. 350.

[3]) Sonst würde das Hypothekenwesen der ordentlichen Bewirtschaftung von Grundstücken unübersteigliche Schranken entgegenstellen

[4]) Bürg. R. Bd. III § 228 S. 636.

fernung von dem Pfandgrundstück nicht eingetreten und darum die Erstreckung der Hypothek auf den Wein nicht aufgehoben.[1])

Eingehend geregelt sind die Miet- und Pachtzinsforderungen (§§ 1123—1125). Offenbar soll die Erstreckung der Hypothek auf Pachtzinsforderungen ein Surrogat dafür bieten, daß die Früchte, die dem Pächter zum Eigentume zufallen, von der Hypothek frei werden und sich der Hypothekengläubiger nicht an die vom Pächter bezogenen Früchte halten kann. Miet- und Pachtzinsforderungen werden daher nach § 1123 Abs. 1 von der Hypothek mit ergriffen. Auch diese Miet- und Pachtzinsforderungen werden aber, wie die vom Grundstück entfernten Früchte, pfandfrei durch Einziehung der Forderung, durch Cession von seiten des Vermieters oder durch Verpfändung, immer wenn nicht vorher eine Beschlagnahme stattgefunden hat (§ 1124 Abs. 1). Jedoch ist diese Befreiung von der Pfandhaftung bei Vorausbezahlung von Miet- oder Pachtzins beschränkt durch § 1124 Abs. 2 in ähnlicher Weise wie schon durch § 31 des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes.[2]) Solche Vorausverfügungen sind nämlich unwirksam für eine spätere Zeit, als das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalenderquartal, gerade wie wir das bei dem Satz „Kauf bricht Miete" gesehen haben.[3]) Vorausverfügungen sollen nicht auf unabsehbare Zeit möglich sein.

Andrerseits ist durch § 1123 Abs. 2 Satz 1 die Befreiung der Miet- oder Pachtzinsforderungen von der Hypothek begünstigt. Eine fällige Miet- oder Pachtzinsforderung soll mit Ablauf eines Jahres nach der Fälligkeit ohne weiteres pfandfrei werden, wieder, wenn nicht schon vorher ihre Beschlagnahme erfolgt ist. Wenn der Hypothekengläubiger nach dem Fälligwerden einer Miet- oder Pachtzinsforderung die Beschlagnahme so verzögert, daß ein volles Jahr darüber verstreicht,

[1]) Vgl. hierzu Entsch. Bd. 46 Nr. 45 S. 172 und § 865 Abs. 2 C.P.O., in welchem der Gerichtsvollzieher verhindert wird, Zubehörstücke durch Pfändung von dem Grundstücke zu trennen. Eine Ausnahmevorschrift enthält § 1122 Abs. 2, vgl. Entsch. Bd. 47 Nr. 44 S. 202. Die Vorschriften des § 1121 Abs. 2 entsprechen den Grundgedanken des B.G.B. hinsichtlich des Schutzes redlicher Erwerber, vgl. oben S. 103 ff.

[2]) Nach der Meinung des Reichsgerichts ist dies ein Seitenstück des Schutzes gegen Devastation durch Beseitigung von Zubehörstücken. An Stelle der Wegschaffungsgefahr steht hier eine Einziehungsgefahr, die den Hypothekengläubigern droht. Entsch. des R.G. Bd. 52 Nr. 37 S. 140.

[3]) Vgl. oben Bd. I S. 469.

so läßt er dadurch erkennen, daß er sich an diese Forderung nicht halten will, dieselbe soll daher pfandfrei werden.[1]) Dernburg meint, der Fall werde praktisch nicht so sehr häufig vorkommen,[2]) aber möglich ist er immerhin.

Diese Befreiung von Miet- und Pachtzinsforderungen, die ein Jahr seit der Fälligkeit ausgestanden haben, könnte leicht von schlauen Leuten durch die Verabredung gemißbraucht werden, daß der Mietzins für eine längere Zeit im voraus bezahlt werden und also seine Fälligkeit künstlich verfrüht werden soll. Um solche Schiebungen zu vermeiden, bestimmt § 1123 Satz 2, daß eine solche Miet- oder Pachtzinsforderung, die seit einem Jahre fällig ist, höchstens für das zur Zeit der Beschlagnahme laufende und das folgende Kalenderquartal pfandfrei werden solle. Ein Beispiel gibt Dernburg.[3]) Es ist vermietet und verabredet worden, daß die Miete für zwei Jahre im voraus bezahlt werden solle. Die Miete ist am 1. Januar 1900 fällig, wird aber nicht bezahlt. Am 1. Januar 1901 war also jenes Jahr seit der Fälligkeit verstrichen, mit dessen Ablauf die Befreiung der Mietzinsforderung von der Hypothek eintreten soll. Wird nun aber diese Mietzinsforderung am 5. März 1901 mit Beschlag belegt, so ist der Mietzins nur für das Beschlagnahme-Quartal und für das nächstfolgende, also bis zum 1. Juli 1901 pfandfrei, dagegen für den Rest der Zeit, also für die Zeit vom 1. Juli bis 1. Dezember 1901 haftet die Forderung dem Hypothekengläubiger.

Natürlich wird auch der Fall vorkommen, daß die Mietzahlung auf Jahre hinaus im voraus verabredet wird, wenn eine böse Absicht vorliegt. Dem begegnet § 1123. Nicht weiter als die Vorausbezahlung die Miet- oder Pachtzinsforderungen pfandfrei machen soll, soll dies die Verabredung der Vorausbezahlung bewirken können.[4])

Weiter sind als Objekte der Hypothek anerkannt:

d) die subjektiven dinglichen Ansprüche, z. B. aus Reallasten, die mit dem Grundstück aktiv verknüpft sind (§ 1126). Diese werden ebenso behandelt wie Miet- und Pachtzinsforderungen.

---

[1]) Man könnte wohl auch sagen, daß er dann wegen seiner Säumnis vom Rechte nicht mehr des Rechtsschutzes für würdig gehalten wird.

[2]) Dernburg bemerkt § 229 Nr. 2 S. 637: „Wer mit einer Hypothekenschuld im Rückstande ist, wird fällige Miet- und Pachtzinsen nicht stehen lassen."

[3]) Bürg. R. Bd. III S. 638 § 229 I, 3.

[4]) Ebenso Dernburg a. a. O. S. 638.

e) Die Hypothek ergreift ebenfalls Versicherungsansprüche des Grundeigentümers selber oder auch eines Dritten, der die Versicherung für Rechnung des Eigentümers genommen hat; gerade wie nach dem preußischen Eigentumserwerbsgesetz. Der Nießbraucher z. B. ist ja verpflichtet, die Nießbrauchsobjekte unter Versicherung zu bringen und zwar auf den Namen des Eigentümers.[1]) Darum werden diese Versicherungsforderungen auch von der Hypothek erfaßt, denn sie sind für Rechnung des Eigentümers entstanden. Auch hier wiederholt § 1129 jene Schranken, die wir bei den Mietforderungen kennen gelernt haben, wenigstens bei anderen Gegenständen als Gebäuden. Da bestimmt sich die Haftung der Forderung gegen den Versicherer nach den eben erläuterten Vorschriften über Miet- und Pachtzinsforderungen in den §§ 1121—1124.

Eine verstärkte Haftung der Forderung gegen einen Versicherer ist dann noch angenommen, wenn die Versicherung für ein verpfändetes Gebäude genommen ist (§ 1128). Es bedarf hier nicht erst einer Beschlagnahme. Wenn die Assekuranzsumme fällig geworden ist, ist der Versicherer verpflichtet, erst dem Hypothekengläubiger Anzeige davon zu machen und nicht eher zu zahlen, als bis seit Empfang der Anzeige bei dem Gläubiger ein Monat verstrichen ist. Wenn der Hypothekengläubiger innerhalb dieser Frist gegen die Auszahlung an den Versicherungsnehmer Widerspruch erhoben hat, darf die Auszahlung nicht stattfinden.[2])

So sind denn weit über das preußische Eigentumserwerbsgesetz hinaus neben dem Grundstück andere Gegenstände haftbar gemacht.

§ 33.

12. Inhalt der Hypothekenforderung.

Schon vor Fälligkeit der versicherten Forderung kann der Hypothekengläubiger gegen die Verschlechterung des Grundstücks einschreiten, namentlich hat er die sog. Devastationsklage (§§ 1133—1135).[3]) Es wird sorgfältig unterschieden, ob eine Einrichtung des Grundeigen-

[1]) Vgl. oben S. 224.

[2]) Die Publizität der Hypotheken ermöglichte diese Zumutung an die Versicherer, die dem Werte der Hypotheken sehr vorteilhaft sein wird.

[3]) Diese Klage gegen Dritte gehörte nach der Meinung des Reichsgerichts auch schon dem früheren Rechte an. R.G. Bd. 44 Nr. 45 S. 188. — Ihre Beziehung zu dem § 321 B.G.B. behandelt das R.G. Bd. 53 Nr. 62 S. 244 ff.

tümers selbst vorliegt oder nicht. „Ist infolge einer Verschlechterung eines Grundstücks die Sicherheit der Hypothek gefährdet, so kann der Gläubiger dem Eigentümer eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gefährdung bestimmen." So § 1133.

§ 1134 bestimmt: „Wirkt der Eigentümer oder ein Dritter auf das Grundstück in solcher Weise ein, daß eine die Sicherheit der Hypothek gefährdende Verschlechterung des Grundstücks zu besorgen ist, so kann der Gläubiger auf Unterlassung klagen."[1]) Weiter kann er zur Abwendung der Gefährdung erforderliche Maßregeln verlangen.[2])

Hauptsächlich hat der Hypothekengläubiger nach Fälligkeit der versicherten Forderung einen Anspruch gegen den Grundeigentümer. Wir haben schon bei der allgemeinen Charakteristik der Hypothek darüber gesprochen, wie der Antrag dieses Anspruches wohl richtig zu formulieren ist.[3]) Der Gläubiger kann nur Verurteilung des Grundeigentümers zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück verlangen. § 1147 enthält die allgemeine Vorschrift „die Befriedigung der Gläubiger aus dem Grundstück und den Gegenständen, auf die sich die Hypothek erstreckt, erfolgt im Wege der Zwangsvollstreckung." Das scheint mir darauf hinzuweisen, daß auch das Petitum bei der actio hypothecaria auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu richten ist.

Das ist freilich von den verschiedensten Seiten angefochten worden. Aber die Streitfrage ist doch mehr eine theoretische. Dernburg sagt z. B., der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung sei gar kein

---

[1]) Eine Verschlechterung liegt unter Umständen auch in der Beseitigung von Zubehörstücken. Einen Fall, in dem sie den Hypothekengläubigern nicht schadet, behandelt Entsch. d. R.G. Bd. 50 Nr. 16 S. 72.

[2]) „Wenn die Verschlechterung deshalb zu besorgen ist, weil der Eigentümer die erforderlichen Vorkehrungen gegen Einwirkungen Dritter oder andere Beschädigungen unterläßt." Das Reichsgericht rechnet hierher auch das Unterlassen der erforderlichen Versicherung gegen Feuersgefahr. Vgl. Entsch. des R.G. Bd. 52 Nr. 79 S. 295. Diese Gefährdung der Verschlechterung nach § 1134 wird a. a. O. von der Verschlechterung des § 1133 scharf unterschieden, vgl. Mot. III S. 670. — Zur Sicherung des dinglichen Rechts des Hypothekengläubigers auf die Mieten ist eine einstweilige Verfügung zulässig, wenn das verpfändete Grundstück zur Konkursmasse gezogen ist. Entsch. des R.G. Bd. 52 Nr. 37 S. 138 ff. Hat aber in einem solchen Falle der Hypothekengläubiger nicht ein Absonderungsrecht durch Beschlagnahme erworben, so muß der Konkursverwalter die erhobenen Mieten zur Konkursmasse abführen.

[3]) Vgl. oben S. 251 ff.

privatrechtlicher,[1]) darum könne er als solcher auch nicht eingeklagt werden, sondern die actio hypothecaria könne zum Ziel nur die Feststellung haben, daß der Anspruch aus der Hypothek in das Grundstück vollstreckbar sei. Praktisch kommt das so ziemlich auf dasselbe hinaus, und es lohnt sich nicht, um diese Formulierung zu streiten. Wenn aber jemand den Antrag inkorrekt formulieren sollte, so wird er trotzdem genügen, falls nur erkennbar ist, daß er aus dem Grundstück Befriedigung suchte.

Bei jenem Petitum scheint eine Gefahr zu entstehen, die die C.P.O. künstlich wieder beseitigt hat. Wenn nämlich der Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück geht, so scheint die Folge zu sein, daß der Anspruch nicht auch im Wege des Mahnverfahrens und des Urkundenprozesses gegen den Grundeigentümer verfolgt werden kann, weil ja zu diesen privilegierten Prozessen ein Anspruch auf eine bestimmte Geldsumme gehört, also ein Antrag auf Duldung der Zwangsvollstreckung wegen 10 M. u. s. w. diesem Requisit nicht zu entsprechen scheint. Zur Beseitigung dieses Bedenkens hat die C.P.O. drei Paragraphen aufgenommen: § 592 über den Urkundenprozeß, § 688 über das Mahnverfahren und § 794 Nr. 5 über vollstreckbare Urkunden. In ihnen wiederholt sich derselbe Satz, „daß der Anspruch aus der Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld als ein auf eine bestimmte Geldsumme gerichteter gilt."

Ähnlicher Art, nämlich auch von der Tendenz erfüllt, den Hypothekenanspruch einem auf eine Geldsumme gerichteten anzunähern oder gleichzustellen, ist § 1141, nachdem auch die Kündigung der Forderung für die Hypothek dann, und nur dann wirkt, wenn sie vom Grundeigentümer an den Gläubiger oder vom Gläubiger an den Grundeigentümer erklärt ist, obwohl dieser Grundeigentümer vielleicht nicht persönlicher Schuldner ist und man meinen könnte, er schulde überhaupt keine Geldsumme und es könne daher keine Kündigung an ihn oder von ihm erklärt werden. Davon ist die offenbare Konsequenz, daß hiernach eine Fälligkeit der Hypothekenforderung möglich ist ohne Fälligkeit der persönlichen Forderung an den persönlichen Schuldner. Wir kommen hier also zu einer Trennung der versicherten Forderung

[1]) So Dernburg, Bürg. R. Bd. III § 263 S. 657 Anm. 3 gegen Oberneck mit Hinweis auf Sohm in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 5 S. 27 ff. Nach Dernburg, Bürg. R. S. 657 handelt es sich bei der modernen hypothekarischen Klage nur um „Feststellung", vgl. dagegen das oben S. 252 Anm. 2 Gesagte.

und der Hypothekenforderung. Ebenso ist natürlich auch das Umgekehrte möglich, nämlich Fälligkeit der persönlichen Forderung, ohne daß die Hypothekenforderung fällig ist, sofern nicht dem Grundeigentümer, sondern bloß dem persönlichen Schuldner gekündigt wird. Das ist freilich ein Bruch mit der akzessorischen Qualität oder eine gewisse Verselbständigung der Hypothekenforderung, die hiernach ihre eigenen Schicksale haben, nämlich fällig werden kann, während die persönliche Forderung es noch nicht ist und umgekehrt.[1])

Wenn aber die Forderung dem Grundeigentümer gegenüber fällig ist, so kann nach § 1142 der Grundeigentümer auch seinerseits die Forderung erfüllen und Befriedigung der Gläubiger auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung bewirken. Auch dieser Paragraph ist dem Gesetzgeber nötig erschienen, weil man die Hypothek für ein bloß auf Duldung gerichtetes Recht halten könnte.[2])

Für die Kündigung gilt aber zu gunsten des Gläubigers der als Eigentümer eingetragene allemal auch als wirklicher Eigentümer, und es wird auch keine Ausnahme gemacht, wie man erwarten könnte, falls der Gläubiger weiß, daß die Eintragung unrichtig und ein anderer der Eigentümer ist (§ 1148). Hier wird über den § 893 hinausgegangen, nachdem der Inhalt des Grundbuchs als richtig gilt, wenn nicht ein Gläubiger um die Unrichtigkeit weiß. Wenn also der Gläubiger auch weiß, daß der Eingetragene nicht wahrer Eigentümer ist, ihm z. B. bloß simulierterweise das Grundstück übertragen ist, um dem Gläubiger das Grundstück zu entziehen, oder es ihm nur fiduziarisch übergeben ist,[3]) so kann er doch ohne weiteres dem eingetragenen Eigentümer kündigen, weil dieser ihm gegenüber als der wahre Eigentümer gilt. § 1141 Abs. 1 Satz 2 enthält den Satz: „Zu Gunsten des Gläubigers gilt derjenige, welcher im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist, als der Eigentümer." Dieser Satz bezieht sich aber, wie der ganze Paragraph, bloß auf die Lehre von der Kündigung, bei der wir hier stehen, vgl. § 1148.

Es drängt sich die Frage auf, ob diese Fiktion unbedingt gelten solle, auch z. B., wenn jemand durch eine strafbare Handlung, durch

[1]) Dieses Ergebnis rechtfertigt sich daraus, daß keiner der beiden Haftenden ein Interesse daran hat, daß auch dem andern gekündigt werde, da ihm eine exceptio excussionis nicht zusteht.

[2]) Vielleicht nicht blos aus diesem Grunde.

[3]) Im letzteren Falle ist er streng genommen wahrer Eigentümer und nur mit einer Rückgabepflicht belastet.

eine Fälschung die Eintragung als Eigentümer erlangt hat. Soll auch dann die an ihn geschehene Kündigung wirksam sein, „wenn der Gläubiger die Fälschung kennt",[1]) weil für diesen Fall keine Ausnahme gemacht worden ist? Dernburg meint, eine unerlaubte Handlung könne § 1141 nicht begünstigen wollen, darum werde man hier eine Ausnahme machen müssen.[2]) Wenn man sich aber dazu nicht entschließen wolle, so komme der berühmte § 826 über die illoyale Ausübung eines Rechtes hier in Frage. Dieser erklärt unter Umständen die Ausübung eines Rechtes für verboten, wenn sie gegen die gute Sitte verstößt. Also würde der Gläubiger, der kraft dieses Rechtes jenem Pseudoeigentümer kündigt, wenn er ihn als solchen kennt, dem wahren Eigentümer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich schaden,[3]) und wäre daher diesem zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

Eine weitere Verschiedenheit zwischen der Pfandschuld und der persönlichen Forderung zeigt § 1146. Der Eigentümer kann zwar als solcher nicht selber in Verzug kommen; denn er ist ja nicht notwendig persönlicher Schuldner. Wenn aber dem Eigentümer gegenüber die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ein Schuldner in Verzug kommt, so gebühren dem Gläubiger die Verzugszinsen aus dem Grundstück; es wird der Eigentümer aus dem Grundstück Verzugszinsen schuldig, obwohl er eigentlich nicht in Verzug gekommen ist und auch nicht kommen konnte.[4])

Für alle Ansprüche aus der Hypothek, nicht bloß für die Kündigungsakte, unterliegt der eingetragene Eigentümer nach § 1148 der Passivlegitimation. Es gehört also zur Zwangsvollstreckung in das Grundstück schlechterdings ein gegen den eingetragenen Eigentümer erlangter vollstreckbarer Titel.

Hinsichtlich der Gegenrechte, die der Grundeigentümer gegen die Forderung geltend machen kann, betrifft § 1137 nicht bloß — wie man denken könnte — den Fall, daß er selbst persönlicher Schuldner ist, sondern umfaßt auch den Fall, daß der Grundeigentümer und der persönliche Schuldner verschieden sind.

---

[1]) Eingeschobene Worte.

[2]) Dernburg, Bürg. R. Bd. 3 2 Aufl. S. 625.

[3]) indem er eine Zwangsversteigerung heraufbeschwört.

[4]) Auch hier gilt für die Wendung: „aus dem Grundstücke" das oben S. 252 Anm. 4 Gesagte.

§ 1137 gibt zunächst

a) dem Grundeigentümer, auch wenn er nicht persönlicher Schuldner ist, gegen die Hypothek die Einreden, die dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung zustehen.

b) ferner diejenigen Einreden, die nach § 770 einem Bürgen zustehen.[1]) Das ist freilich nur zutreffend, wenn man eine diversitas personarum voraussetzt, den persönlichen Schuldner und den Grundeigentümer getrennt denkt.

Zwei Einreden hat der Bürge aus § 770.[2]) Der Bürge kann zwar nicht mehr eine Gegenforderung, die der Hauptschuldner an den Gläubiger hat, zur Kompensation bringen, aber er kann den klagenden Gläubiger darauf verweisen, seine Forderung gegen den Hauptschuldner, dem er, der Gläubiger, selber etwas schuldig ist, zu kompensieren und sich so zu befriedigen. Ebenso kann der Bürge einstweilen die Befriedigung des Gläubigers verweigern, wenn die Forderung gegen den Hauptschuldner eine anfechtbare ist, d. h. so lange die Befriedigung zu weigern, bis sich herausgestellt haben wird, ob es dem Hauptschuldner gefällt, seine Forderung gegen ihn anzufechten. Diese beiden Einreden sollen auch dem Grundeigentümer gegen den Hypothekengläubiger zustehen. Mit anderen Worten, er kann den Hypothekengläubiger auf Selbstkompensation[3]) verweisen. Ebenso kann er die Anfechtbarkeit der persönlichen Forderung geltend machen und daraufhin auch hier wieder dilatorisch die Befriedigung des Hypothekengläubigers ablehnen.

Nach § 1137 Abs. 2 kann sogar ein Verzicht des persönlichen Schuldners den Grundeigentümer nicht um seine Einreden bringen. Hier ist wieder persönlicher Schuldner und Grundeigentümer verschieden gedacht. Der persönliche Schuldner kann also nicht die Lage des Grundeigentümers verschlechtern, indem er auf seine Einreden verzichtet.

Freilich gelten nun, wie wir schon berührt haben, gegen den redlichen Erwerber einer Hypothek alle diejenigen Einreden[4]) nicht, die

[1]) Der Pfandschuldner gleicht hiernach in seiner rechtlichen Stellung einem beschränkt (d. h. nur mit dem Grundstücke) haftenden Bürgen, doch sind seine Einrederechte aus der Hauptschuld nicht nach § 768 Abs. 1, sondern nach § 1137 zu bestimmen. Der Grund dieser Abweichung ist schwer verständlich. § 768 Abs. 2 stimmt mit § 1137 Abs. 2 überein; s. d. Text.

[2]) Vgl. Bd. I S. 568. [3]) Ipso-jure-Kompensation?

[4]) Hier sind auch Einwendungen im technischen Sinne gemeint. Durch die Abtretung verliert also, wie oben S. 270 Anm. 3 erwähnt wurde, das Recht seinen materiell-akzessorischen Charakter.

nicht aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber der Hypothek bekannt waren, z. B. aus dem Brief. Aber es wird doch dem Eigentümer ermöglicht, sich solche Einreden zu sichern, sie zu konservieren für den Fall, daß ein redlicher Dritter durch Rechtsnachfolge an Stelle eines Hypothekengläubigers eintritt. Er kann vom Gläubiger verlangen, daß dieser die Eintragung der Einreden bewilligt, oder daß er sie selber in den Brief eintragen läßt. Das steht in den Paragraphen, auf die § 1138 verweist. Es hat also der Eigentümer es sich selber zuzuschreiben, wenn er solche Einreden untergehen läßt.[1])

Nach § 1139 ist eine alt berühmte Einrede neu privilegiert, wenigstens gegenüber einer Buchhypothek, nämlich die exceptio non numeratae pecuniae, die Einrede der nicht empfangenen Darlehnsvaluta.[2]) Weil der Darlehnsgeber erst nach der Eintragung seine Hypothek zahlt, ist natürlich die Gefahr heraufbeschworen, daß die Eintragung stattgefunden hat und der Gläubiger doch nicht zahlt. Darum trifft § 1139 die Bestimmung, daß zur Eintragung eines Widerspruchs wegen unterbliebener Darlehnsvalutazahlung genüge, wenn innerhalb eines Monats seit der Eintragung der Hypothek ein bloßer Antrag des Eigentümers beim Grundbuchamte gestellt wird. Der Antrag bedarf keiner weiteren Begründung, er hat dieselbe Wirkung, wie wenn der Widerspruch sogleich mit der Hypothek zusammen eingetragen worden wäre. Das gilt aber nur gegenüber der Buchhypothek. Bei der Briefhypothek bedarf es eines solchen Schutzmittels nicht, denn hier kann der Eigentümer den Hypothekenbrief zurückbehalten, bis er die Darlehnsvaluta bekommen hat.

Hat nun der Gläubiger einen Titel zur Zwangsvollstreckung in das Grundstück erlangt, so bestimmt sich das Verfahren nach dem Zwangsversteigerungsgesetz vom 24. März 1897, dessen Ergänzung

[1]) Gilt dies auch für die Grundschuld, die zu dem Zwecke geschaffen ist, eine Forderung zu sichern? Oder soll hier etwa das Gegenteil gelten, weil die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt? Diese letztere Frage ist schon nach der Entstehungsgeschichte des B.G.B. zu verneinen, vgl. § 38 des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes.

[2]) Auch hier zeigt sich, daß Eck in dem vorliegenden Rechtszweige das Wort Einreden in dem weiteren Sinne nimmt, in dem es die Einwände mit umfaßt, Bd. I S. 227. Auch das Reichsgericht zählt die exceptio non numeratae pecuniae (Einwand der nicht gezahlten Valuta) zu den „Einreden" des § 1137, versteht also das Wort Einrede in dieser Vorschrift im weiteren Sinne, Entsch. des R.G. Bd. 51 Nr. 11 S. 45, vgl. oben S. 276 Anm. 4.

gewissermaßen in § 1166 enthalten ist. Nach dieser Vorschrift soll der die Zwangsversteigerung betreibende Gläubiger auch den persönlichen Schuldner, der nicht Eigentümer des Grundstücks ist, benachrichtigen, sofern der persönliche Schuldner Ersatz vom Eigentümer verlangen kann, wenn er den Gläubiger befriedigt. Der persönliche Schuldner soll dann den Ausfall der Hypothek durch Mitbieten u. dgl. m. zu verhindern in die Lage kommen. Setzen wir als einfaches Beispiel, daß der Eigentümer des Grundstücks seinem Verkäufer gegenüber eine Hypothek in partem pretii zu bezahlen versprochen, sie aber dann nicht ausgezahlt hat. Dann kann natürlich der Veräußerer, wenn er den Gläubiger als dessen persönlicher Schuldner befriedigen soll, Ersatz von dem Käufer und Eigentümer verlangen. In einem derartigen Falle muß also der Gläubiger den persönlichen Schuldner, in unserm Beispiel den Verkäufer, benachrichtigen, damit dieser sich dagegen schützen könne, daß bei der Zwangsversteigerung die Hypothek ausfällt und der Verkäufer als persönlicher Schuldner den Schaden auszubaden hat (§ 1166). Woher übrigens der Gläubiger immer ersehen soll, ob der persönliche Schuldner berechtigt ist, von dem Eigentümer Ersatz zu verlangen, falls er den Gläubiger befriedigt, wage ich nicht zu entscheiden.[1])

Das Unterbleiben der Benachrichtigung gibt dem persönlichen Schuldner das Recht, dem Gläubiger wegen eines Ausfalls, den dieser bei der Zwangsversteigerung erleidet, die Befriedigung zu verweigern, insoweit, als der Schuldner durch das Unterbleiben der Benachrichtigung Schaden erlitten hat.

§ 34.

13. Erlöschen der Hypothek.

Bekanntlich enthält § 57 des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes den ungemein streng klingenden Satz: „Das Hypothekenrecht wird nur durch Löschung aufgehoben".[2]) Dieser Satz ist im B.G.B. mit guten Gründen vermieden. Er ist auch schon nach preußischem Recht unrichtig; denn die Hypothek kann auch ohne Löschung mannigfach

[1]) Auf solche Fälle einer Unkenntnis der Sachlage wird man den letzten Satz des § 1166 beziehen können: „Die Benachrichtigung darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist."

[2]) Da die Löschung in der Regel vom Eigentümer abhängt, so wirkt sie gleich einer Prioritätseinräumung an die dadurch Nachrückenden.

endigen, z. B. durch Untergang des Gegenstandes, etwa wenn das Bergwerk, woran die Hypothek besteht, erschöpft ist,[1]) oder durch Eintritt einer Resolutivbedingung oder andere Gründe mehr. Sie kann andrerseits, obwohl die Löschung stattgefunden hat, fortbestehen, nämlich wenn die Löschung zur Ungebühr erfolgt ist. Darum enthält das B.G.B. über die Aufhebung der Hypothek zunächst die allgemeine Regel des § 875 über das Erlöschen von Rechten an Grundstücken überhaupt. Hiernach ist zu ihrem Erlöschen die Erklärung des Berechtigten erforderlich, daß er sein Recht aufgebe — das ist das Rechtsgeschäft — und ferner die darauf gegründete Löschung.

Freilich muß gerade bei der Hypothek noch ein Drittes hinzukommen, nämlich nach § 1183 auch noch die Zustimmung des Grundeigentümers, die er vor dem Grundbuchamt oder dem Gläubiger gegenüber erklären muß. Auch diese Zustimmung ist erforderlich, damit er seine Anwartschaft auf den Erwerb einer Eigentümerhypothek nicht verliere.

Ein zweiter Erlöschungsgrund ist dann nach § 1181 die Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstücke, d. h. also doch die Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung.

Wenn nun die Löschung der Hypothek eingetreten ist, so ist die Folge ein Aufrücken der Nacheingetragenen.[2])

Allerlei sonstige Gründe aber, die im bisherigen Recht einen Anspruch der Nacheingetragenen auf Löschung einer Vorhypothek begründeten, etwa Wegfall der vorgehenden Forderungen, Befriedigung des Gläubigers oder Verzicht eines Vorgläubigers auf seine Hypothek führen nach dem B.G.B. zu einem anderen Ergebnis, nämlich zum Übergang der Hypothek auf den Grundeigentümer (s. den folgenden Paragraphen). Der Grundgedanke für diese Beschränkung der Aufhebung der Hypothek und diese Erweiterung der Eigentümerhypothek ist der, daß das Aufrücken der Nachhypothekare prinzipiell nicht mehr gelten soll. Die Nachhypothekare haben eben — das nimmt der Gesetzgeber an — kreditiert im Bewußtsein, daß vor ihrer Befriedigung gewisse

---

[1]) Für diesen Fall bedarf es freilich keiner Gesetzesvorschrift.

[2]) Das Vorbereitungsheft fügt hinzu: „Andere Erlöschungsgründe, die das B.G.B. nicht erwähnt, sind z. B. Zuschlag an den Ersteher in der Zwangsversteigerung, ferner Zwangseintragung, endlich Eintritt eines Endtermins oder einer Resolutivbedingung."

Geldbeträge für die voreingetragenen Rechte aus dem Grundstück[1]) verwendet werden sollten. Sie würden also durch das Aufrücken einen ungerechtfertigten[2]) Gewinn ziehen. Nur ganz vereinzelt kommt dies Aufrücken noch zum Vorschein.[3])

Nach § 1179 wird das Recht eines Nacheingetragenen auf Löschung erwähnt, falls der Eigentümer sich ihm gegenüber verpflichtet hat, die Hypothek löschen zu lassen, wenn sie sich mit dem Eigentum in einer Person vereinigen sollte.[4]) Dann kann der Nacheingetragene, um seinen Anspruch auf Löschung zu sichern, eine Vormerkung eintragen lassen. Das ist also ein rechtsgeschäftlicher Anspruch auf Löschung. Ein gesetzlicher kommt daneben nur noch an einer Stelle vor, nämlich bei der Korrealhypothek im § 1173 (s. unten). Befriedigt der Eigentümer eines der mit einer Gesamthypothek belasteten Grundstücke den Gläubiger, so erwirbt er die Hypothek an seinem Grundstück; die Hypothek an den übrigen Grundstücken erlischt.

§ 35.

14. Eigentümerhypothek.[5]) (§§ 1163, 1171, 1176, 1177, 1179.)

Man hat diese Lehre nirgends im Zusammenhang vor Augen.

Die Eigentümerhypothek war im preußischen Recht zwar bereits durch die §§ 63—66 des Eigentumserwerbsgesetzes in erheblicher Ausdehnung anerkannt, aber sie war doch immer nur eine Ausnahme von

[1]) d. h. aus dem bei einer Zwangsverwaltung oder einer Zwangsversteigerung erzielten Erlöse.

[2]) weil unerwarteten.

[3]) Die Regel ist zur Ausnahme geworden. Vgl. unten Anm. 5.

[4]) Ein Beispiel in den Entsch. des R.G. Bd. 52 Nr. 4, 5, 8.

[5]) Vgl. hierzu auch Oberneck in Gruchots Beiträgen Bd. 47 S. 306, „Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis." Diese Lehre ist das Ergebnis einer Entwickelung, die nicht bis an ihr Ziel gelangt und darum in einer schwer verständlichen Gestalt stecken geblieben ist. Das römische Recht ging davon aus, daß nachstehende Pfandgläubiger darauf angewiesen seien nachzurücken und verkümmerte ihnen diese Hoffnung nur in einigen Ausnahmefällen der sog. hypothekarischen Sukzession. Die moderne Entwickelung gab den nachstehenden Gläubigern ein Recht auf Zwangsversteigerung und hielt es daher nicht mehr für nötig, ihre Hoffnung des Nachrückens als berechtigt anzuerkennen, zumal ihnen ja von vornherein gar keine Gewißheit gewährt ist, den Fall des Nachrückens eintreten zu sehen. Da außerdem den nachstehenden Grundstückspfandgläubigern das jus offerendi entzogen

dem Grundsatz, daß, wenn Recht und Pflicht in einer Person zusammentreffen, beide durch Konfusion erlöschen. Es wird allerdings, nachdem die Hypothek einmal giltig entstanden ist, ihr Fortbestand auch in der Hand des Grundeigentümers durch die Form der Buchung ermöglicht. Dadurch wird das nach preußischem Recht prinzipiell immer noch anerkannte Aufrücken der Nacheingetragenen verhindert. Aber dies ist doch immerhin eine anomale Erscheinung.[1]) Bekanntlich kann nun ein solcher Fortbestand der Hypothek eintreten sowohl wenn der Grundeigentümer die durch die Hypothek versicherte Forderung tilgt oder von Todes wegen erwirbt, also auch wenn umgekehrt der Hypothekengläubiger das Grundeigentum zu seiner Hypothek hinzuerwirbt. Aber in allen andern

werden mußte, damit nicht die vorstehenden Pfandrechte zu einer sichern Kapitalsanlage untauglich würden, so veränderte sich die Denkweise derer, die auf nachstehende Hypotheken Geld ausliehen. Sie vertrauten einzig und allein auf den Wert der Pfandstelle, in die ihre Hypothek eintrat. Darum lag es nahe, ihnen das Recht auf Nachrücken zu entziehen, das ihnen auf fremde Kosten einen unerwarteten Vorteil gab. Eine Folgerung hieraus ist das sog. „System der festen Stellen" (Dernburg, Bürg. R. IV § 218, 1 S. 613), das kein Nachrücken kennt. Die Macht der Gewohnheit war stark genug, das B.G.B. von der Anerkennung dieses Systems zurückzuhalten und nur seine Konsequenzen in den meisten Punkten, aber nicht in allen in der Form von Ausnahmeregeln anzunehmen. Indem so die Regel als Ausnahme dargestellt wurde, verlor die Darstellung dieses Zweiges ihre Gemeinverständlichkeit. — Eine der wichtigsten Folgerungen des Systems der festen Stellen ist das Recht des Eigentümers über alle frei gebliebenen oder frei gewordenen, aber noch immer durch Eintragung gekennzeichneten Pfandstellen frei zu verfügen. Dieses wohl verständliche Recht in seiner Allgemeinheit anzuerkennen, konnte man sich nicht entschließen und so erscheint es denn nur in einer Reihe von Ausnahmeformen, die im einzelnen wieder in sehr subtiler Weise von einander unterschieden werden, nicht als ein Ganzes, sondern als eine Sammlung von Singularitäten. Wer sich des treibenden einheitlichen Gedankens bewußt bleibt, wird darin für die fehlende Einheit der Vorschriften einen gewissen Ersatz finden. — Für das System der festen Stellen jetzt auch Kohler in der Holtzendorffschen Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., S. 617. — Während des Druckes ist erschienen: Betrachtungen über die Eigentümerhypothek von Wilh. Kindel in der Festgabe der juristischen Gesellschaft zu Berlin für Richard Koch 1903.

[1]) Diese hatte jedoch schon im römischen Recht ein Vorbild und beruhte dort darauf, daß eine Konfusion ohne sie unter Umständen grundlosen Schaden anrichten würde. Darum greift das römische Pfandrecht an eigener Sache nur gegen Nachhypothekare Platz. Mit den Grundbüchern erweitert sich die Gefährlichkeit der Konfusion, weil sie nach dem Buchsystem das Recht des bisherigen Pfandgläubigers, über die Pfandstelle durch Cession zu verfügen, zerstören würde. Darum ist die Erhaltung der Hypothek auch dann anerkannt, wenn nur ein einziger Pfandgläubiger vorliegt und Eigentümer wird oder zum Besten des Eigentümers sein Recht verliert.

Fällen bleibt es beim Aufrücken der Nacheingetragenen, sobald sie die Löschung der Hypothek herbeigeführt haben; und auch in jenen Fällen wird die Hypothek immer nur nachträglich aus einem jus in re aliena, das sie anfangs gewesen sein muß, zu einem jus in re propria. Neben dieser Erscheinung bleibt noch die im preußischen Recht so schwierige und bestrittene Frage, wie es mit der durch die Hypothek versicherten Forderung stehe. Läßt man nämlich, nachdem die Eigentümerhypothek zu stande gekommen ist, die Forderung durch Konfusion erlöschen, so gerät man in Konflikt mit der akzessorischen Natur der Hypothek, und läßt man umgekehrt die Forderung fortbestehen, so entsteht noch ein schlimmerer Konflikt mit dem Satze, daß der Grundeigentümer nicht sein eigener Gläubiger sein kann.

Bekanntlich sucht nun die herrschende Theorie und Praxis, auch die des Reichsgerichts, die akzessorische Natur der Hypothek durch die Annahme zu retten, daß die Forderung während ihrer Vereinigung mit dem Grundeigentum nur in Schlaf versenkt oder latent sei, was aber seine großen Bedenken hat. Einige Juristen dagegen, zum Teil sehr hervorragende, wie Koch, Dernburg, Achilles, Oberneck halten solche latente Forderungen für unannehmbar und geben darum lieber die akzessorische Natur der Hypothek trotz dem Wortlaut des Gesetzes preis.[1]) Endlich zeigt sich der Ausnahmecharakter der Eigentümerhypothek nach dem preußischen Recht ja auch darin, daß sie bei einer Kautionshypothek nach § 67 des Eigentumserwerbsgesetzes keine Anwendung findet.[2])

Dagegen ist umgekehrt die Eigentümergrundschuld, bei welcher eine akzessorische Natur, und damit die Hauptquelle der Schwierigkeiten weg-

[1]) Formell akzessorisch bleibt die wahre Eigentümerhypothek m. E. auf jeden Fall, weil sich ihr Inhalt, d. h. ihre Größe, nach der Höhe der erloschenen Hauptforderung bestimmt. Praktisch wichtig ist nur die Frage, ob die Hauptforderung als persönliche wieder auflebt (d. h. mit der Haftung des vollen Eigentümervermögens), wenn der Eigentümer die erworbene Hypothek einem Dritten abtritt. Diesen Ausdruck „abtreten" gebraucht das Reichsgericht auch für das Recht des B.G.B mehrfach, Entsch. Bd. 54 Nr. 26 S. 85, Nr. 95 S. 364, obwohl er nicht genau ist. Die Rechte des Nachfolgers sind andere als diejenigen des Eigentümerhypothekars. Er tritt sie ihm nicht ab, sondern er „verschafft" sie ihm (vgl. oben S. 103 Anm. 1). Ob man aber den inzwischen bestehenden Zustand bildlich als Schlafen, oder einfach als interimistisches Nichtbestehen bezeichnet, ist ohne jede Bedeutung. — Für das Wiederaufleben nach B.G.B. sprechen die Worte in § 1177 Abs. 2: „so lange die Vereinigung besteht" (s. unten).

[2]) Ob Eck hier nur an das preußische Recht denkt, oder auch an das B.G.B. ist zweifelhaft. Die berührte Frage ist unten erörtert, S. 297 Anm. 1.

fällt, in weiterem Umfange als die Eigentümerhypothek zugelassen.[1]) Insbesondere kann der Eigentümer eine Grundschuld auf sein Grundstück von vornherein für sich neu bestellen und eintragen lassen. Nach dem B.G.B. soll aber die Eigentümerhypothek nicht mehr bloß als Ausnahme zugelassen werden, sondern als eine ganz regelmäßige Erscheinung, die auf dem Gedanken beruht, daß die Nacheingetragenen prinzipiell kein Recht zum Aufrücken haben.[2]) Die Hypothek in der Hand des Eigentümers soll also von einer Forderung unabhängig sein. Um dies zu erreichen, läßt das B.G.B. in allen Fällen, wo die versicherte Forderung dem Grundeigentümer nicht zusteht, die Hypothek sich von selber

---

[1]) Über die Grenzscheide beider Begriffe herrscht bereits in der Praxis eine gewisse Unsicherheit (vgl. Entsch. des R.G. Bd. 48 Nr. 15 S. 48 ff., Bd. 49 Nr. 39 S. 165, Bd. 44 Nr. 71 S. 294 ff., Bd. 51 Nr. 25 S. 117, Bd. 52 Nr. 2 S. 10, Nr. 16 S. 60, Nr. 30 S. 113, Nr. 88 S. 338, Bd. 54 Nr. 25 S. 83). Bald werden Eigentümergrundschuld und Eigentümerhypothek als identisch behandelt, bald wird auf ihren Unterschied hingewiesen, vgl. namentlich Entsch. des R.G. Bd. 52 Nr. 2 S. 10. Man unterscheide: 1. wahre Eigentümergrundschulden in der Redeweise Ecks, d. h. solche, die schon früher Grundschulden waren, ehe sie an den Eigentümer kamen; 2. Eigentümerhypotheken, die im B.G.B. den Vorschriften über Grundschulden unterstellt worden sind (§§ 1177); 3. solche, bei denen dies nicht der Fall ist (§§ 1163, 1168, 1170, 1171). Wenn Nr. 2 und Nr. 3 völlig gleich hätten behandelt werden sollen, so würden sie nicht ausdrücklich unterschieden worden sein. Das Gesetzbuch würde einfach dann Bährs Gedanken, jede Eigentümerhypothek als Grundschuld anzusehen (vgl. Arch. f. bürg. R. Bd. 2 S. 194), ausgesprochen haben. M. E. liegt nun der Unterschied zwischen der wahren Eigentümerhypothek und der zur Grundschuld gewordenen sog. Eigentümerhypothek darin, worin überhaupt Hypothek und Grundschuld unterschieden werden, nämlich in der formell-akzessorischen Natur der Hypothek, die sich allerdings praktisch kaum bemerkbar macht, so lange der Eigentümerhypothekar die Hypothek behält. Will er sie aber an einen Nichteigentümer veräußern, ohne sie dabei zu verwandeln, so *lebt die Hypothek mit der alten, eingetragenen Hauptschuld zusammen auf*, was bei einer Eigentümergrundschuld nicht vorkommen kann. Ist freilich der Hauptschuldner ein Dritter (Nichteigentümer), so bedarf es eines Auflebens der Hauptschuld nicht; dann entsteht nur die gerichtliche Realisierbarkeit der Hypothek aufs neue, welche ruhte, als die Hypothek dem Eigentümer gehörte. — Eine andere Frage ist, ob es nicht zweckmäßiger gewesen wäre, einfach alle Eigentümerhypotheken zu Grundschulden zu gestalten. Sie berührt aber das geltende Recht nicht.

[2]) Man hätte daher sich offen zu dem System der festen Prioritäten (Dernburg, Bürg. R. III S. 613) bekennen sollen. Daß man dies nicht getan, sondern die Ausnahmen als Regel und diese als Regel dargestellt hat, ist m. E. nichts als ein Mangel an Darstellungskunst. Dadurch wird das Gesetzbuch schwer lesbar.

in eine Grundschuld umwandeln, § 1177 Abs. 1.[1]) Aber auch dann, wenn die Forderung gegen einen fremden persönlichen Schuldner gerichtet ist und sie dem Grundeigentümer noch neben seiner Hypothek als Gläubiger jenes dritten Fremden zusteht, sollen wenigstens die Rechte aus der Hypothek des Grundeigentümers sich nach den Vorschriften über die Eigentümergrundschuld bestimmen, § 1177 Abs. 2.

Durch diese Unterwerfung der Eigentümerhypothek unter die Regeln der Grundschuld ist eine Mehrzahl von erheblichen Vorteilen für das B.G.B. erzielt. Vor allen Dingen ist der Konflikt mit der akzessorischen Natur der Hypothek vermieden.[2]) Da die Hypothek zu einer Grundschuld wird, kommt ihre akzessorische Natur damit von selbst in Wegfall. Ferner ist die Eigentümerhypothek und die Eigentümergrundschuld durch jene Neuerung in der Hauptsache unter das gleiche Recht gestellt.[3]) Für den Eintritt der Eigentümerhypothek ist ein viel weiteres Anwendungsgebiet eröffnet als im bisherigen Recht. Es umfaßt nicht nur gewisse Arten der Hypothek wie in Preußen, sondern alle Arten der Hypothek können zu einer Eigentümerhypothek werden, auch die Sicherungshypothek von unbestimmter Höhe. Das Gesetz nimmt an, daß der, welcher hinter einer solchen Sicherungshypothek Kredit gibt, die vorgehenden Hypotheken zu ihrem Maximalbetrage veranschlagen soll, und also auch dann keine Beeinträchtigung erleidet, wenn diese Kautionshypothek dann später dem Eigentümer heimfällt.

Die Anwendungsfälle der Eigentümerhypothek kehren wesentlich auch bei den sonstigen Arten von Grundstückspfandrechten wieder, also

---

[1]) D. h. jedoch nur im Falle der Vereinigung, nicht auch in allen anderen Fällen der sog. Eigentümerhypothek. Der Fall der Vereinigung ist wohl darum ausgezeichnet worden, weil diese Tilgungsart nicht bloß einer Befriedigung gleichsteht, sondern auch bei ihr der Wunsch des Eigentümers, die getilgte Schuld später wieder in alter Art in der Hand eines Nichteigentümers aufleben zu lassen, in der Regel unwahrscheinlich ist.

[2]) Ein mehr theoretischer Vorteil.

[3]) Oberneck S. 34 nimmt ganz im Sinne Bährs an, daß in allen Fällen der Eigentümerhypothek sich die Eigentümerhypothek in eine Grundschuld verwandle und die persönliche Forderung von der persönlichen Schuld ganz losgelöst werde. (Für diese Gleichartigkeit der Eigentümerhypothek und der Eigentümergrundschuld erklärt sich auch schon Achilles zu § 64 preuß. Eigentumserwerbsgesetzes, vgl. Dernburg, Bürg. R. III § 221 Anm. 3 S. 615.) Dem scheint sich Eck anschließen zu wollen. Dagegen der Wortlaut des Gesetzes (vgl. oben S. 294 Anm. 1), auch R.G. Entsch. Bd. 52 Nr. 2 S. 10. Man kann hier in Abänderung einer bekannten Regel sagen: Lege distinguente etiam nostrum est distinguere.

auch bei der Grundschuld und bei der Rentengrundschuld. Auch diese können ebenso als Eigentümergrundschuld und Eigentümerrentengrundschuld vorkommen. § 1192 fügt hinzu: „soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt". Diese Vorschrift kann mancherlei Zweifel erwecken. In allen Fällen entsteht ein Grundstückspfandrecht für den Eigentümer nicht erst durch Umschreibung auf seinen Namen, sondern kraft Gesetzes von selbst, sobald die Voraussetzungen erfüllt sind, also im Widerspruche mit dem Grundbuche. Dieses wird nämlich unrichtig dadurch, daß die Voraussetzungen einer Eigentümerhypothek eintreten. Der Eigentümer kann dann eine Umschreibung der Hypothek auf seinen Namen verlangen, nötigenfalls durch eine Klage gegen den noch zu Unrecht als Hypothekar Eingetragenen.

Als Anwendungsfälle der Eigentümerhypothek stellt Oberneck[1]) acht zusammen. Ich glaube, man kann sie auf sechs Nummern oder Gruppen zurückführen. Bei ihnen soll der Kürze wegen immer a potiori von einer Eigentümerhypothek gesprochen und dabei stillschweigend eine Eigentümergrundschuld und Eigentümerrentengrundschuld hinzugedacht werden:

1. Der erste Grund betrifft die Fälle, in denen die durch die Hypothek versicherte Forderung nicht zur Entstehung gelangt. § 1163 Abs. 1 lautet: „Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu." Wenn z. B. die versicherte Forderung wegen Geschäftsunfähigkeit des Gläubigers nichtig ist, oder weil sie auf Wucher beruht, oder weil der angebliche Darlehnsgläubiger die Valuta nicht gegeben hat, oder weil er noch vor der Eintragung der Hypothek das Darlehen, für das sie konstituiert wurde, zurückgezahlt erhalten hat. Nach preußischem Recht bekommt hier der Eigentümer nicht einmal durch Quittung des Eingetragenen oder durch Löschungsbewilligung eine Eigentümerhypothek; denn sie war ja nie in der Person des Hypothekars entstanden, und es kann der Eigentümer immer erst derivativ durch Eintragung von dem Hypothekar die Eigentümerhypothek erwerben. Nach dem B.G.B. erwirbt er dagegen sie auch schon, wenn die Forderung als nichtig garnicht zur Entstehung gelangt.[2])

[1]) a. a. O. S. 33.

[2]) Formell bleibt die Forderung auch hier insofern akzessorisch, als ihr Inhalt sich nach demjenigen der fälschlich als bestehend genannten Hauptschuld richtet.

Wenn die Forderung, für die die Hypothek eingetragen ist, mit Erfolg wegen Irrtums oder Betrugs angefochten und dadurch vernichtet wird, so gilt sie doch nach dem B.G.B. als eine von vornherein nichtig gewesene, und die dafür eingetragene Hypothek fällt darum an den Eigentümer als Eigentümerhypothek.

Ein Fall aus der preußischen Praxis: Ein Gutsbesitzer läßt sich von dem Gläubiger seines Sohnes durch die falsche Vorspiegelung, daß dieser von dem Sohne einen Ehrenschein über 10 000 Mark in Händen habe, dazu bestimmen, für den Sohn Bürgschaft zu leisten und dem Gläubiger eine Hypothek über 10 000 Mark an seinem Grundstück zu bestellen. Dann aber ficht er die Bürgschaft wegen Betruges mit Erfolg an. Die Hypothek fällt ihm dann nach B.G.B. als Eigentümerhypothek zu und sie behält ihren Vorrang vor den inzwischen etwa noch eingetragenen Hypotheken.[1]) So nach § 1163.

[1]) Über den Zweck siehe oben S. 296 Anm. 1. Eine vom Reichsgerichte mehrfach, und nicht immer mit demselben Ergebnisse, erörterte Frage ist, ob § 1163 sich auch auf Höchstbetraghypotheken beziehe, vgl. Bd. 49 Nr. 39 S. 165 und andererseits Bd. 51 Nr. 25 S. 117. Zuzugestehen ist von vornherein, daß nichts im Wege steht, die Vorschrift auf Sicherungshypotheken anzuwenden. Bei Höchstbetragshypotheken kann sie aber unmöglich uneingeschränkt gelten, wie Dernburg, Bürg. R. Bd. III S. 616 § 220, 1 verteidigt. Nehmen wir an, daß ein Eigentümer an erster Stelle eine Höchstbetragshypothek für A wegen aller Schulden aus einer Geschäftsverbindung eintragen läßt, und dahinter für B eine zweite Hypothek, die den Grundstückswert erschöpft, so würde es geradezu befremdlich sein, wenn der Eigentümer, falls die erwarteten Geschäftsverbindungen sich noch nicht abgewickelt haben, über die erste Pfandstelle würde verfügen können. Darum nimmt das Reichsgericht neuerdings an, daß die Höchstbetragshypothek erst dann zur Eigentümerhypothek werde, „wenn nach dem der Hypothek zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte keine Forderungen mehr entstehen können" (Entsch. d. R.G. Bd. 51 Nr. 25 S. 117). Ähnlich Entsch. d. R.G. Bd. 48 Nr. 15 S. 55: „wenn endgültig feststeht, daß die Forderung nicht zur Entstehung gelangt". Dieser Augenblick wird in praxi bei Höchstbetragshypotheken oft ungewiß sein, z. B. in Fällen, in denen es unsicher ist, ob eine Geschäftsverbindung, für deren Schuldverhältnisse die Höchstbetragshypothek bestellt worden ist, bereits abgebrochen ist oder nicht. Schon aus diesem Grunde ist die mitgeteilte Ansicht nicht unbedenklich. M. E. bezieht sich aber § 1163 ebenso wenig auf Höchstbetragshypotheken wie auf Hypotheken für bedingte Forderungen; denn wollte man ihn dort wörtlich anwenden, so käme man zu einem sinnlosen Ergebnisse (dem sofortigen Erwerbe des noch schwebenden Rechts durch den Eigentümer). Außerdem paßt der erkennbare Zweck des § 1163 (oben S. 296 Anm. 1) nicht auf Eintragungen, die von vornherein in der Schwebe sein sollen. Eine nicht entstandene Forderung bedeutet für den Eigentümer eine unerquickliche Enttäuschung, gegen die er durch § 1163 geschützt werden soll. Anders eine im voraus als ungewiß

Nun fragt sich, wie Dernburg[1]) namentlich betont hat, ob nicht dasselbe gelten muß, wenn nicht die Forderung, wohl aber die Hypothekenbestellung nichtig oder angefochten ist. Das B.G.B. selber spricht das nirgends aus, und in der zweiten Kommission ist ein Antrag, der dahin ging, auch bei Unwirksamkeit der Hypothekenbestellung die Hypothek an den Eigentümer fallen zu lassen, ausdrücklich abgelehnt worden, weil, wie es in dem Protokoll heißt, darin eine Überspannung des Prinzips der Eigentümerhypothek liegen würde.[2]) Man wollte nicht, daß eine nichtige, vielleicht formell fehlerhafte oder nur durch ein Versehen des Grundbuchbeamten eingetragene Hypothek nachher den Nacheingetragenen im Wege stehen sollte. Aber Dernburg tadelt dies als durchaus inkonsequent und will diesen Fall einer nichtigen oder anfechtbaren Hypothekenbestellung vielmehr ganz ebenso behandelt wissen, wie den, wo die Hypothek für eine nichtige oder anfechtbare Forderung bestellt worden ist. Er sieht hier Gelegenheit zu einem Ausbau der Gesetzgebung durch die Praxis, die das Schweigen des Gesetzes benutzen soll, um eine Lücke auszufüllen.

In der Tat scheint die Ungleichheit der beiden Fälle auf den ersten Blick einigermaßen auffallend. Man setze z. B., jener Gutsbesitzer habe sich dem Gläubiger nicht erst verbürgt, also eine Forderung bestellt, die nachher anfechtbar war, sondern direkt für die Schuld seines Sohnes in Höhe von 10000 M. eine Hypothek bestellt, bestimmt durch jene falsche Vorspiegelung, und habe die Hypothek wegen Betruges

---

in das Auge gefaßte, bei der sich der Eigentümer darauf gefaßt macht, daß sie nicht zu stande kommen kann. — Zuzugestehen ist, daß die von Dernburg verwertete Vorgeschichte des B.G.B. allerdings für seine Ansicht spricht.

[1]) Bürg. R. Bd. III S. 618 § 221, 2.

[2]) Für Eck spricht namentlich, daß der oben angeführte Zweck des § 1163 (vgl. oben S. 296 Anm. 1) auf nichtige oder anfechtbare Hypothekenbestellungen nicht paßt. Namentlich liegt gar keine Veranlassung vor, die Kraft solcher mangelhaften Akte künstlich zu steigern. Überdies kann man hier sagen, daß da, wo keine Hypothek da ist, auch der Eigentümer sein Einwirkungsrecht verloren hat. — Für Dernburg ließe sich dagegen geltend machen, daß die von ihm vertretene Ansicht eine weitere Annäherung an das System der festen Prioritäten (Dernburg a. a. O. S. 613 § 218) enthält, nämlich an den Satz, daß der Eigentümer über jede mit einer Eintragung belegte Pfandstelle verfügen kann, so weit ihm nicht ein eingetragener Gläubiger oder dessen Nachfolger im Wege steht. Indessen so weit ist man nun einmal doch nicht gegangen, vgl. oben S. 291 Anm. 5.

angefochten,[1]) ein Beispiel, das Dernburg nicht bildet. Sollte dann diese Hypothek nicht an den Eigentümer fallen, sondern sollten die inzwischen nacheingetragenen Gläubiger aufrücken? Das wäre unannehmbar. In Wahrheit ist hier eine andere Regel nicht zu übersehen, die gerade zu dem Ergebnisse führt, das Dernburg wünscht, nämlich die Regel des § 1169. Danach kann der Grundeigentümer, wenn ihm eine peremtorische Einrede gegen die Hypothek zusteht, vom Gläubiger den Verzicht auf die Hypothek erzwingen und sie dadurch als Eigentümerhypothek an sich bringen. Es würde also nach § 1169 jener Gutsbesitzer, weil er die peremtorische Einrede des Betruges hatte, vom Gläubiger den Verzicht erzwingen können und dadurch die Eigentümerhypothek an sich ziehen. Dagegen wollte der Gesetzgeber nicht in Fällen, wo eine Hypothek von vornherein nichtig ist, diese als Eigentümerhypothek dem Grundeigentümer zufallen lassen.

2. Ein zweiter Fall der Eigentümerhypothek ist in § 1163 Abs. 2 enthalten. Die Briefhypothek steht von ihrer Eintragung an bis zur Übergabe des Briefes an den eingetragenen Hypothekar dem Grundeigentümer zu. Der Grundeigentümer kann sie durch Berichtigung des Grundbuches auf sich selber umschreiben lassen, wozu er dann freilich die Zustimmung des bereits Eingetragenen nötig hat. Wenn er diese Zustimmung verlangt, so hat möglicherweise der Eingetragene ein persönliches Recht auf Übergabe des Briefes, aus welchem Rechte er dem Grundeigentümer widersprechen darf. Wenn z. B. der Eingetragene die Darlehensvaluta an den Grundeigentümer schon gezahlt hat, so wird er natürlich auch gegen die Klage des Grundeigentümers auf Berichtigung des Grundbuches eine Einrede erheben können. Aber dinglich ist dieser eingetragene Hypothekar nicht gesichert. Wenn also die Gläubiger des Grundeigentümers die Hypothek pfänden, oder wenn der Grundeigentümer in Konkurs fällt, so fällt die Eigentümerhypothek den Pfändungspfandgläubigern anheim oder sie gehört zur Konkursmasse. Diese Behandlung der Briefhypothek als einer zunächst immer dem Grundeigentümer zustehenden ergibt nun zugleich, daß der Grund-

[1]) Ich halte das Beispiel für bedenklich, weil hier der Mangel der Eintragung auf dem Mangel der Hauptschuld beruht, welcher letztere die Entstehung der Eigentümerhypothek des § 1163 nicht ausschließt. Eck setzt wahrscheinlich bei diesem neuen Beispiel voraus, daß die Hauptschuld des Sohnes besteht und nur der Vater bei seiner Hypothekenbestellung betrogen wird. Vermutlich ist die Nachschrift lückenhaft.

eigentümer auch für sich selber eine Hypothek neu begründen kann. Er braucht sie ja nur zunächst für irgend einen guten Freund eintragen zu lassen, und dann mit dessen Zustimmung zur Umschreibung auf sich selber zu bringen. So hat er erreicht, daß auch die Hypothek für ihn als ersten Gläubiger entstanden ist.

3. § 1163 Abs. 1 Satz 2: Wenn die versicherte Forderung erlischt, sei es durch Bezahlung, durch Aufrechnung oder aus einem anderen Grunde, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek. Hiernach wird also die Hypothek zu einer Eigentümerhypothek sowohl dann, wenn der Grundeigentümer selber persönlicher Schuldner war und den Gläubiger bezahlt hat, als auch in dem Falle, wo ein Dritter, der persönliche Schuldner war, gezahlt hat.[1]) In beiden Fällen bekommt der Grundeigentümer die Hypothek ohne die Forderung.

4. Wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, ohne zugleich seine versicherte Forderung aufzugeben, so fällt die Hypothek dem Eigentümer heim. Nach § 1168 Abs. 2 muß dieser Verzicht dem Grundeigentümer oder dem Grundbuchamt gegenüber erklärt werden. Als verzichtend gilt aber der Gläubiger auch dann, wenn er eine Übernahme der Schuld durch einen dritten persönlichen Schuldner genehmigt.[2]) In § 418 Abs. 1 Satz 2 ist ausgesprochen, daß, obwohl der Schuldübernehmer in die alte Schuld eintritt, doch die für die Forderung bestellte Bürgschaft und das Pfandrecht erlöschen u. s. w. Besteht eine Hypothek, so tritt das gleiche ein, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet. Hier gilt also der Gläubiger als verzichtend, wenn nicht etwa der Eigentümer auch seinerseits in die Schuldübernahme gewilligt hat. Dann dauert eben die Hypothek vermöge seiner Einwilligung auch neben dem neuen Schuldübernehmer fort.

In einem Falle kann nach § 1169 der Eigentümer einen Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek sogar erzwingen, wenn er eine peremtorische Einrede gegen die Hypothek z. B. wegen Betruges hat (vgl. S. 299).

5. Wenn der Hypothekengläubiger unbekannt ist, und im Aufgebotsverfahren mit seinem Recht ausgeschlossen wird, so tritt wiederum

---

[1]) Dies gilt auch für die Bezahlung durch Amortisationsbeträge, obwohl die Praxis schwankt, vgl. Kohler, Holtzendorffs Encyklopädie, 6. Aufl., S. 617 und die dort in Anm. 2 angeführten Urteile.

[2]) Vgl. Bd. I S. 401.

nicht ein Erlöschen der Hypothek, sondern ihr Heimfall an den Grundeigentümer ein (§§ 1170, 1171). Ein solches Aufgebotsverfahren und ein Ausschluß ist zugelassen sowohl nach § 1170, weil der Eigentümer behauptet, die Forderung sei schon getilgt, als auch nach § 1171, wenn er sich erbietet, die Forderung jetzt zu tilgen, aber, weil der Gläubiger unbekannt ist, die Schuld hinterlegt. Bei Ausschluß des Gläubigers tritt Verwandlung der Hypothek in eine Eigentümerhypothek ein.

6. Die Eigentümerhypothek tritt endlich ein, wenn durch Konfusion Hypothek und Grundeigentum sich in einer Hand vereinigen, weil der Hypothekar das Grundeigentum erwirbt, oder umgekehrt der Grundeigentümer die Hypothek auf eine andere Weise als durch Befriedigung des Gläubigers, z. B. durch Erbgang, an sich bringt. Das Erlöschen der Hypothek ist hier durch § 889 ausgeschlossen; denn grundbuchmäßige Rechte sollen überhaupt durch Konfusion nicht erlöschen. Eben darum müssen sie als Hypothek des Eigentümers fortdauern. Das ist der Fall, der historisch den Ausgangspunkt der ganzen Lehre gebildet hat.[1])

In allen diesen Fällen hat also der Grundeigentümer die Hypothek, und zwar grundsätzlich ohne Forderung, oder wie Dernburg[2]) es ausdrückt, als forderungsentkleidete Hypothek. Die forderungsentkleidete Hypothek verwandelt sich beim Eigentümer in eine Grundschuld (§ 1177 Abs. 1).[3]) Die Konsequenz ist: läßt der Grundeigentümer sie nun auf seinen Namen umschreiben, so kann sie nur in eine Grundschuld umgeschrieben werden und nicht in eine Hypothek, was sie ja nicht mehr ist.[4]) § 65 Abs. 1 der Grundbuchordnung sagt ausdrücklich: „Wenn eine Grundschuld an die Stelle der Hypothek tritt, so ist die Ein-

[1]) Vgl. Dig XLIV, 2 de exc. rei jud. fr. 30 § 1.

[2]) Dernburg a. a. O. Bd. III. § 220 S. 617.

[3]) D. h. nur in dem Falle der Vereinigung, s. oben S. 294 Anm. 1, S. 295 Anm. 1.

[4]) In eine neue Hypothek kann sie allerdings umgeschrieben werden, weil Grundschulden in Hypotheken verwandelt werden dürfen (§ 1198), also ist auch hier die „Unterlegung" einer neuen Hauptschuld an derselben Pfandstelle möglich. Was dagegen bei dieser in eine Grundschuld verwandelten Eigentümerhypothek nicht möglich ist, ist die Gewährung der alten ursprünglich eingetragenen Hypothek an einen neu erwerbenden Nichteigentümer, die man als „Wiederaufleben" der getilgten Schuld zu bezeichnen pflegt, vgl. S. 294 Anm. 1. Überläßt also der Eigentümer dieses Recht einem neuen Gläubiger, so wird diesem das Vermögen, das der Eigentümer neben dem Grundstück hat, nicht haftbar.

tragung der Rechtsänderung auf dem bisherigen Brief zu vermerken, und eine mit dem Brief verbundene Schuldurkunde abzutrennen." Denn da es keine Hypothek mehr ist, zu der eine Forderung gehört, sondern eine Grundschuld, so darf auch mit dem Brief nicht mehr eine Schuldurkunde verbunden bleiben.

Möglich freilich ist auch, daß der Grundeigentümer die Hypothek nicht als forderungsentkleidete, sondern mit der versicherten Forderung zusammen erwirbt, oder wie Dernburg das ausdrückt, als forderungsbekleidete, wenn er nämlich, ohne selber persönlicher Schuldner zu sein, den Gläubiger befriedigt (§ 1143). Zur Befriedigung des Gläubigers ist er nach § 1142 berechtigt, sobald die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, oder auch, wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Dann kann der Grundeigentümer den Gläubiger befriedigen, auch wenn er gar nicht sein persönlicher Schuldner war. Er erwirbt damit die Forderung des befriedigten Gläubigers und die Hypothek (§ 1143.)

Dieser Übergang beider Rechte auf den Grundeigentümer als nicht persönlichen Schuldner kann auch auf andere Weise als durch Befriedigung des Gläubigers eintreten, z. B., wenn der Grundeigentümer die Hypothek vom Gläubiger durch Schenkung oder von Todeswegen erwirbt.

Die forderungsbekleidete Hypothek[1]) bleibt nun zwar auch beim Eigentümer Hypothek. Aber dieser hat doch nur die Rechte aus einer Eigentümer-Grundschuld,[2]) solange die Vereinigung besteht (§ 1177 Abs. 2), wie bereits erwähnt wurde.

Oberneck a. a. O.[3]) geht soweit, zu sagen, daß während dieser Vereinigung von Hypothek und Grundeigentum das persönliche Forderungsrecht ruhe.

[1]) Eigentlich sollte man sie eine forderungsbekleidete Grundschuld nennen oder noch richtiger: „eine Grundschuld, die sich später wieder mit einer Forderung zu bekleiden vermag".

[2]) Auch dies gilt nicht für alle Eigentümerhypotheken, sondern nur für § 1177 Abs. 2. Es ist dies wichtig für den Fall der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks. Erhält der Eigentümer die auf der Pfandstelle verzeichnete Summe, so wird der Hauptschuldner nicht frei. Anderweitige Konsequenzen s. unten im Texte. Das Grundpfand hat im Falle des § 1177 Abs. 2 für den Eigentümer nur noch den Wert seiner Geldsumme, nicht aber mehr die Kraft, die Hauptforderung zu sichern. Nach § 1177 gibt es also zwei Verwandlungen einer Hypothek in eine Grundschuld des Eigentümers: eine endgültige (Abs. 1) und eine vorübergehende (Abs. 2).

[3]) S. 31.

Das, glaube ich, ist in dieser Allgemeinheit nicht haltbar. Wenn ich z. B. dem Gläubiger meines Freundes X an meinem Grundstück eine Hypothek bestellt habe, und dann durch Befriedigung des Gläubigers oder dadurch, daß ich ihn beerbe, seine Forderung und Hypothek erwerbe, warum sollte das persönliche Forderungsrecht gegen den Schuldner X nunmehr ruhen, warum sollte ich es gegen X nicht verfolgen können? Dazu muß ich doch unbedingt berechtigt sein. Wenn ich freilich dem persönlichen Schuldner X gegenüber verpflichtet war, den Gläubiger zu befriedigen, etwa weil ich die Hypothek beim Kauf des Grundstücks in partem pretii übernommen hatte und dann trotzdem die Forderung des von mir befriedigten Gläubigers gegen den persönlichen Schuldner X verfolgen will, so kann X mir allerdings aus unserm Verpflichtungsverhältnis eine Einrede entgegenstellen, aber das ist doch etwas anderes als der Satz, daß das persönliche Forderungsrecht allemal ruhe.[1])

Was im übrigen das dingliche Recht anbelangt, so ist der Unterschied zwischen den beiden Fällen, wo der Eigentümer die Hypothek als forderungsentkleidete und wo er sie als forderungsbekleidete erworben hat, nicht gerade erheblich. Wenn er das Recht auf seinen Namen umschreiben läßt, muß er die forderungsentkleidete Hypothek in eine Grundschuld umschreiben lassen; dagegen die forderungsbekleidete Hypothek kann er als Hypothek auf sich umschreiben lassen.[2]) Natürlich wird man in der Praxis sich die Umschreibung auf seinen Namen sparen und die Umschreibung erst bei einer Weiterbegebung eintreten lassen, so daß diese Verschiedenheit in der Tat nicht erheblich ist.[3])

Ehe der Inhalt dieses dinglichen Rechtes näher bestimmt wird, soll noch ein Ausnahmefall hervorgehoben werden, in dem die Eigentümerhypothek zwar der Regel nach eintreten müßte, aber doch aus-

[1]) Soweit Hauptschuldner und Grundstückseigentümer identisch sind, ruht es allerdings, andernfalls nicht.

[2]) Um sie als solche weiterveräußern, d. h. einem Nichteigentümer verschaffen zu können, vgl. oben S. 294 Anm. 1.

[3]) Es unterliegt keinem Zweifel, daß bei der Weiterbegebung der nicht zur Grundschuld gewordenen Eigentümerhypothek die Forderung wieder auflebt. Dafür auch Oberneck, S. 34. „Gelangt aber dann Hypothekenrecht und Eigentum an verschiedene Personen, so tritt das persönliche Forderungsrecht wieder in Wirksamkeit."

geschlossen und durch eine sogenannte successio hypothecaria ersetzt wird, d. h. durch eine Anknüpfung der Hypothek an eine andere Forderung als diejenige, zu deren Sicherung sie bisher diente. Wenn der dritte persönliche Schuldner die Schuld selber bezahlt, so erwirbt er die Hypothek auch für sich selber zur Deckung seiner Ersatzforderung gegen den Grundeigentümer, der sie hätte bezahlen sollen; und wenn er die Forderung nur teilweise bezahlt, so erwirbt er den seiner Zahlung entsprechenden Teil, und zwar mit Vorzug für den Überrest[1]) (§ 1164).

Diesen Grundsatz nahm bisher die preußische Praxis nicht an, obwohl er in der Theorie öfters postuliert wurde.[2]) Im § 1164 Abs. 1 Satz 2 ist gesagt: „Ist dem Schuldner nur teilweise Ersatz zu leisten, so kann der Eigentümer die Hypothek, soweit sie auf ihn übergegangen ist, nicht zum Nachteil der Hypothek des Schuldners geltend machen." Das heißt, es muß der Eigentümer mit seiner Eigentümerhypothek, die er erworben hat, hinter die Teilhypotheken zurücktreten, die der persönliche Schuldner vermöge seiner Befriedigung des Gläubigers erworben hat.

Besonders wichtig ist die Erscheinung des § 1164, wie Oberneck mit vollem Recht stark betont,[3]) in dem Falle, daß der Käufer eines Grundstücks die Bezahlung einer Hypothek in partem pretii übernommen hatte und dann der Gläubiger diese Schuldübernahme nicht genehmigt. Hier braucht der Gläubiger, um sich die Forderung gegen den Veräußerer als persönlichen Schuldner zu erhalten, nach den früher bei der Schuldübernahme erörterten Regeln (§§ 414 ff.) nicht mehr wie bisher nach § 41 des Eigentums-Erwerbsgesetzes zur Kündigung und zur Klage gegen den neuen Grundeigentümer zu schreiten, sondern nur seine Genehmigung zu verweigern. Der Veräußerer aber, der zahlen muß, soll die Hypothek des bezahlten Gläubigers für sich

[1]) Es ist fraglich, ob dies wirklich eine successio hypothecaria im Sinne Ecks sein soll, d. h. die Bekleidung der Hypothek mit einer neuen Hauptforderung und nicht vielmehr eine cessio legis, bei der die Hypothek in der Höhe des Ersatzanspruches zugleich mit ihrer Hauptforderung übergeht. Ich sehe nicht ein, warum sie bei dem Übergange ihren Inhalt ändern soll. — Die Bedeutung des Ausdrucks successio hypothecaria ist übrigens bekanntlich zweifelhaft.

[2]) Die neue Vorschrift ist ein unverkennbares Seitenstück der cessio legis zu Gunsten des zahlenden Bürgen in § 774. Über das Verhältnis dieser letzteren Vorschrift zum Hypothekenrecht vgl. Entsch. d. R.G. Bd 53 Nr. 100 S. 404.

[3]) S. 35.

bekommen, zur Deckung seiner Ersatzforderung gegen den Käufer, der seinerseits die Hypotheken abzustoßen verpflichtet gewesen wäre. Unter diesen Umständen wird zur Sicherung eines solchen persönlichen Schuldners in den §§ 1165, 1166 eine wichtige Lücke des preußischen Rechts ausgefüllt: Wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet, sie mit Zustimmung des Eigentümers zur Löschung bringt, oder sie auch nur durch Einräumung einer Priorität verschlechtert, so kann der Gläubiger sich nicht mehr nach wie vor an den persönlichen Schuldner halten, dessen Lage er eben verschlechtert hat, dem die Hypothek zurückzugewähren er sich selber außer stande gesetzt hat. Der persönliche Schuldner wird insoweit frei, als er sonst aus der Hypothek hätte Ersatz verlangen können.

Damit ist, wie Oberneck mit Recht betont, die Lehre sanktioniert, die Dernburg schon für das preußische Recht gegen das Obertribunal aufgestellt hatte und die in einem Aufsatz von Dungs in Gruchots Beiträgen Band 33 S. 37 ff. näher begründet worden ist. Dernburg sagte, es sei eine Härte und dem positiven Recht fremd, daß der Gläubiger gegen den Schuldner nur Rechte und gar keine Pflichten habe. Wenn der Gläubiger, weil ihm der persönliche Schuldner sicher ist, etwa seine Hypothek auf dessen Grundstück großmütig durch Verzicht preisgibt oder sie durch eine Prioritätseinräumung entwertet, so soll er nicht unbedingt gegen den persönlichen Schuldner klagen können, wie das Obertribunal angenommen hatte.[1]) Das wird durch § 1165 sehr energisch verworfen. Es soll der Gläubiger durch diese Machination die Lage des persönlichen Schuldners nicht verschlechtern können.[2])

In demselben Sinne legt § 1166 dem Hypothekengläubiger, der die Subhastation gegen den Grundeigentümer betreibt, die Pflicht auf, den persönlichen Schuldner, der gegen den Grundeigentümer einen Ersatzanspruch hat, davon zu benachrichtigen, widrigenfalls dieser Schuldner die Befriedigung verweigern kann, insoweit, als er infolge

[1]) Für das Obertribunal sprach m. E., daß in solchen formellen Dingen nicht immer ex aequo et bono geurteilt werden kann, vgl. Entsch. d. preuß. Obertrib. Bd. 9 S. 259, Entsch. d. R.G. Bd. 16 Nr. 57 S. 248.

[2]) Diese neue Vorschrift wird vom R.G. Bd. 53 Nr. 94 S. 381 ungeachtet des Art. 170 auch auf solche Schuldverhältnisse angewandt, die vor dem Inkrafttreten des B.G.B. entstanden sind. Sie schützt Interessen, an die man bei der Begründung des Schuldverhältnisses im älteren Rechte allerdings noch nicht denken konnte, auf die sich also der alte Schuldgrund nicht bezog.

der Unterlassung einen Schaden erlitten hat. Der Gläubiger darf also nicht die Ausnutzung der Hypothek vernachlässigen, weil ihm der persönliche Schuldner sicher ist, sondern wenn er diesem die Hypothek nicht zurückgewähren kann, muß er sich von ihm eine Einrede gefallen lassen.

Oberneck[1]) stellt neben diese Fälle der hypothekarischen Sukzession noch einige andere: § 1150 (268), wo die Ausübung eines jus offerendi durch einen Nacheingetragenen unter gewissen Voraussetzungen anerkannt ist und § 774, der von der Bezahlung des Hypothekengläubigers durch einen Bürgen handelt.[2]) Allein in diesen Fällen geht doch, genau gesehen, nicht bloß, wie in den bisher besprochenen, die Hypothek des abgefundenen Gläubigers auf den Zahlenden über, sondern auch die Forderung des Abgefundenen. Dann liegt aber eben keine anomale successio hypothecaria vor, sondern in Wahrheit eine gesetzliche Sukzession in die Forderung selber.[3])

Eine prinzipielle Frage ist, welchen Inhalt und welche Natur die soweit ausgedehnte Eigentümerhypothek nach dem B.G.B. habe. Über den Inhalt bestimmt § 1177, daß trotz der Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld die Verzinslichkeit, der Zinssatz, die Zahlungszeit, die Kündigung und der Zahlungsort nach den für die Forderung getroffenen Bestimmungen sich bemessen.[4])

In Bezug auf Rückstände von Zinsen, Nebenleistungen und Kosten erlischt die Hypothek nach § 1178. Diese Rückstände bilden eben nur eine vorübergehende Belastung des Grundstücks und sie fallen bei Vereinigung von Grundeigentum und Hypotheken einfach weg. Daß aber in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes u. s. w. die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend bleiben, mußte betont werden, weil ja da die Eigentümerhypothek eine Grundschuld geworden ist, also die Forderung, streng genommen, ihre Existenz verloren hat.[5])

---

[1]) S. 36.

[2]) Oberneck erwähnt auch nach S. 36 die Befriedigung des Hypothekengläubigers durch einen Gesamtschuldner, der von den übrigen Schuldnern Ausgleichung nach §§ 1173 Abs. 2, 1174, 426 Abs. 2 verlangen kann.

[3]) Man hat auch schon früher in solchen Fällen ebenfalls von einer successio hypothecaria gesprochen, vgl. oben S. 304 Anm. 1.

[4]) Das gilt jedoch nur für den Fall des § 1777.

[5]) Dieser Grund beweist m. E. zu viel. Er spräche auch gegen die Möglichkeit, die Eigentümerhypothek weiterzubegeben.

Die Eigentümerhypothek enthält nicht, wie einst Förster meinte, ein bloß formales Dispositionsrecht, das mit dem Eigentum als solchem verbunden wäre,[1]) sondern die Eigentümerhypothek ist in Wahrheit ein neben dem Eigentum bestehendes besonderes Grundschuldrecht.[2]) Es kann also der Eigentümerhypothekar seine Hypothek nicht bloß weitergegeben und abtreten, wodurch sie dann wieder eine gewöhnliche Gläubigerhypothek oder je nachdem[3]) Gläubigergrundschuld wird, sondern er kann sie auch bei Löschung des Grundeigentums einfach für sich zurückbehalten. Dann behält er eben dieses Hypothekenrecht und gibt das Eigentum weg.[4]) Denn beide sind durchaus nicht untrennbar verbunden. Noch mehr! Wenn er das Grundstück veräußert ohne jede Bestimmung über seine Eigentümerhypothek, dann verbleibt ihm diese, denn sie ist ja ein zweites vom Grundeigentum verschiedenes Recht. Ebenso, wenn der Eigentümerhypothekar das Grundstück im Testament vermacht, ohne gleichzeitig über seine Eigentümerhypothek zu verfügen, so verbleibt sie grundsätzlich dem Erben.

Freilich enthält § 2165 Abs. 2 eine merkwürdig unbestimmte Entscheidung: „Ruht auf einem vermachten Grundstück eine Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, die dem Erblasser selbst zusteht, so ist aus den Umständen zu entnehmen, ob die Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld als mitvermacht zu gelten hat." Wenn aber die Umstände gar nichts ergeben, so bleibt sie eben dem Erben. Noch mehr! Bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks, auf dem eine Eigentümerhypothek ruht, muß diese wie eine gewöhnliche Hypothek behandelt, also vor allem bei Feststellung des geringsten, zulässigen Gebots mitgerechnet werden, denn sie ist ja eine Hypothek oder eine Grundschuld. Der Eigentümer oder der Konkursverwalter kann sogar auch den Teil der Kaufgelder in Anspruch nehmen, der auf die Eigentümerhypothek

---

[1]) Förster-Eccius, Theorie und Praxis des gem. d. pr. R., Bd. 3 § 200 6. Aufl. S. 599.

[2]) Streng genommen liegt wenig daran, ob man dies Recht Dispositionsrecht oder Grundschuldrecht nennt, aber sehr viel, ob es neben dem Eigentume besonderen Schicksalen unterliegt, z. B. für sich gepfändet werden kann, wie das R.G. mit Recht annimmt, Bd. 52 Nr. 88 S. 338.

[3]) D. h. wenn sie in eine Grundschuld verwandelt war oder wird.

[4]) Wird dann der neue Eigentümer persönlich haftbar? Wenn er dem Vorbehalte einer Hypothek als solcher zustimmt, so liegt darin m. E. die Übernahme einer persönlichen Schuld nach Maßgabe des eingetragenen Postens.

entfällt, wie das schon jetzt das Reichsgericht angenommen hat.[1]) Nur zwei Konsequenzen, die weiter zu ziehen sein würden, sind durch § 1197 ausgeschlossen, der freilich in der Lehre von der Grundschuld steht, aber auch auf die Eigentümerhypothek Anwendung finden muß; denn man wollte diese Ausschließung der beiden Konsequenzen auch auf die Eigentümerhypothek erstrecken, insoweit man sie den Regeln von der Grundschuld unterwarf.[2]) Diese sind:

a) Der Eigentümerhypothekar kann nicht die Zwangsvollstreckung seines Grundstücks selber betreiben (§ 1197 Abs. 1); denn — so sagen die Protokolle mit Recht —, er könnte damit einen Nebenzweck verfolgen, nämlich sein Grundstück in der Subhastation für einen geringen Preis wiederzuerstehen und die hinter ihm eingetragenen Rechte zum Erlöschen zu bringen. Das wäre aber ein Mißbrauch seines Rechtes.

b) Er kann die Zinsen von seiner Eigentümerhypothek im Falle einer Zwangsverwaltung nicht unbedingt, sondern nur bedingt verlangen, nämlich nur, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen in Beschlag genommen ist und nur für die Dauer der Zwangsverwaltung (§ 1197 Abs. 2); denn nur für diese Zeit sind ihm die Einkünfte seines Grundstücks entzogen, und die Zinsen bilden eine Belastung der Einkünfte. Darum soll er, wenn ihm die Einkünfte entzogen werden, auch die Zinsen von seiner Eigentümerhypothek begehren können.

Das aber sind zwei durchaus positive Einschränkungen. Davon abgesehen muß man noch prüfen, ob der Eigentümerhypothekar das volle Recht eines Grundschuldgläubigers habe? Durch die Gleichstellung des Eigentümerhypothekars mit dem Grundschuldgläubiger erledigen sich zugleich die Fälle in angemessener Weise, in denen man nach der bisherigen preußisch rechtlichen Theorie die allergrößten Schwierigkeiten hatte, den Bestand einer Forderung herauszukünsteln. Ich erinnere an den Fall, in dem das Reichsgericht selbst an seiner Theorie irre geworden ist: Wenn der Hypothekengläubiger das Grundstück vom Schuldner für seine Forderung an Zahlungsstatt angenommen hat, also durch datio in solutum des Grundstücks befriedigt worden ist, so hat er seine Hypothek als Eigentümerhypothek. Soll er nun, trotzdem er befriedigt

[1]) Entsch. Bd. 5 Nr. 84 S. 309 ff.

[2]) s. oben S. 294 Anm. 1.

worden ist, für seine Forderung Gläubiger bleiben,[1]) und dadurch, daß er mit dem Grundstück befriedigt wird, zugleich Schuldner werden? Das ist ein wahres juristisches Kunststück. Und wenn er nachher diese Hypothek weiter cediert, wo bekommt man dann den persönlichen Schuldner her?[2]) Soll derselbe, der als Gläubiger befriedigt worden ist, dadurch, daß er die Eigentümerhypothek cediert, auf einmal auch persönlicher Schuldner werden?[3])

Jetzt erledigt sich dieser Fall ungeheuer einfach. Der Gläubiger hat hier die Hypothek als Grundschuld erworben, eine Forderung braucht nicht weiter fortzubestehen. Wenn er die für sich erworbene Eigentümergrundschuld weiter begibt, so kommt es darauf an, ob er die Grundschuld als solche weiter begibt; dann ist ebenfalls eine persönliche Schuld nicht nötig, oder ob er eine Hypothek daraus macht, dann wird er sich dabei zum persönlichen Schuldner konstituieren.[4])

Endlich streitet man auch jetzt wieder über die Natur der Eigentümerhypothek, ihr civilistisches Wesen und über ihr Objekt. Namentlich hat Oberneck in dem Vortrage: „Das Hypothekenrecht des B.G.B." ausgeführt, daß jede Hypothek nach dem B.G.B. nicht mehr das ganze Grundstück, sondern nur einen Wertteil desselben ergreife. Dieser Wertteil werde belastet und durch Zwangsversteigerung nachher in den entsprechenden Geldbetrag umgesetzt. Die Eigentümerhypothek aber sei hiernach gar keine Hypothek, weil der Eigentümer durch sie nicht etwas bekomme, was vorher außerhalb seines Vermögens lag. Sie sei in Wahrheit nur eine aus dem Eigentum fließende Befugnis, über einen Wertteil des eigenen Grundstücks zu verfügen.[5]) Diese Lehre wird sehr

[1]) Es ist wohl an den Normalfall gedacht, in dem Hauptschuldner und Pfandschuldner eine Person sind.

[2]) M. E. macht sich hier der Eigentümer im Zweifel zum persönlichen Schuldner.

[3]) Man kann hier die Befriedigung des Gläubigers als einen einfachen Hypothekenkauf ansehen, bei dem der Eigentümer das Recht erwirbt, den gekauften Gegenstand weiter zu veräußern.

[4]) Wie aber, wenn er die Hypothek einfach stehen läßt und später, so wie sie ist, weiter cediert. Gewinnt dann eine persönliche Verpflichtung ohne weiteres Kraft? Oder gilt das noch immer eingetragene Hypothekenrecht auch in diesem Falle als Grundschuld? M. E. ist das erstere anzunehmen.

[5]) Vgl. Oberneck S. 39 ff. Nach seiner Ansicht ist das „Dogma vom Vorrücken der Nachhypothekare" fallen gelassen. Neuerdings verteidigt er seine „Wertparzellentheorie" in Gruchots Beiträgen Bd. 47 S. 309 ff. mit Bezugnahme auf die Praxis S. 312 ff.

scharfsinnig begründet, aber ich kann die Begründung doch nicht überzeugend finden.[1]) Wäre das richtig, dann würde die Hypothek doch überhaupt nicht mehr am Grundstück als an einem körperlichen Gegenstand haften, sondern an einem gedachten Objekt, an einem Wertteil.[2]) Sie wäre dann eigentlich nicht mehr ein Recht an einer Sache. Wie nun, wenn der Wert durch Vorhypotheken schon ganz absorbiert ist? Wenn z. B. ein Grundstück 3000 M. wert ist, und mit drei Hypotheken, jede auf 3000 M., belastet ist, wo ist dann der Wertteil, an dem die zweite und dritte Hypothek noch haften?[3])

Außerdem wäre bei dieser Theorie die Klage des Hypothekengläubigers auf Unterlassung von Devastation des Grundstücks, diese verfrühte actio hypothecaria vor Fälligkeit der Forderung sehr schwer zu erklären.[4]) Oberneck meint, sie sei nur ein Sicherungsmittel, das der einzelne Gläubiger im Interesse der Gesamtheit der Gläubiger habe. Es ist aber möglich, daß er der einzige und eine Gesamtheit von Gläubigern gar nicht vorhanden ist. Es ist immerhin etwas mißlich, in diesem Klageziele ein bloßes Sicherungsmittel und nicht einen Ausdruck des Rechts selber zu finden. Namentlich wäre von der Obernecksschen Werttheorie die unabweisbare Konsequenz,[5]) daß im Zweifel die Eigentümerhypothek immer mit dem Eigentum zusammen bleiben müßte. Das haben wir gerade vorher verneint. Die Eigentümerhypothek und das

---

[1]) M. E. hat die Obernecksche Ansicht, die dem sog. System der festen Prioritäten gleicht, vgl. Oberneck S. 39, den Verfassern des Gesetzbuchs vorgeschwebt. Ihr zufolge müßte eine Löschung der vorstehenden Forderung, die ein Nachrücken bewirkt, als Prioritätsverleihung aufgefaßt werden. So faßt das Gesetz sie nicht auf. Daraus folgt, daß es das System der festen Prioritäten nicht angenommen, sondern das altrömische System des Nachrückens beibehalten hat. Dabei hat es aber die römische Regel durch soviel Ausnahmen durchlöchert, daß es nicht unbegreiflich ist, wenn Oberneck in den Ausnahmen die Regel sieht. Dies ist aber m. E. nicht mehr Auslegung, sondern unzulässige Gesetzesverbesserung.

[2]) M. E. liegt darin kein Widerspruch. Ist ein Wertteil belastet, so ist das Grundstückseigentum in gewisser Weise entwertet, also auch das Grundstück belastet. In rerum natura sind Wert und Sache nicht zwei verschiedene Dinge, sondern der Wert ist nur eine Eigenschaft der Sache. Belastet man ihn, so belastet man auch die Sache und umgekehrt.

[3]) Es ist ein bloß putativer Wertteil und dies ganze Recht ist bloß putativ.

[4]) M. E. daraus, daß jeder, der eine Sache gefährdet, auch ihren Wert zu beeinträchtigen droht.

[5]) Darüber läßt sich streiten.

Grundeigentum sind zwei Rechte, die sich jeden Augenblick trennen können. Wenn das Eigentum veräußert wird, bleibt die Hypothek grundsätzlich zurück. Das würde vom Standpunkt der Oberneckschen Theorie nicht zu begreifen sein.[1]) Oberneck sagt auch ausdrücklich, daß diese Theorie wieder mit der Lokustheorie zusammentrifft.[2]) Diese ist aber darum aufgegeben worden, weil man die Hypothek des Eigentümers nicht als ein bloß aus dem Eigentum fließendes Recht, was mit diesem zusammenklebt, sondern als ein eigenes Recht bestimmen wollte.[3])

Deshalb scheint mir die andere Auffassung richtiger, die in verschiedenen Varianten von Dernburg[4]) und Hachenburg[5]) vertreten worden ist, daß die Eigentümerhypothek ein wahres Pfandrecht sei. Natürlich ist nach Dernburg das Leistensollen hier ein eventuelles, für den Fall gegeben, daß es zur Subhastation kommt oder daß die Eigentümerhypothek aus der Hand des Eigentümers wieder in andere Hände gelangt, in die Hände eines Pfändungspfandgläubigers, oder in die Hände eines Cessionars. Dann zeigt es sich, daß diesem Recht eine Ausbeutungskraft inne wohnt. Der Inhaber der Eigentümerhypothek kann insbesondere bei der Zwangsversteigerung die Kaufgelderrate in Anspruch nehmen, die auf seine Hypothek entfällt.[6]) In etwas anderer Fassung nennt Dernburg die Eigentümerhypothek ein unvollkommenes Pfandrecht, zu dem vorläufig der Gläubiger fehlt. Er kann aber nicht gefunden werden, und trotzdem ist sie ein Pfandrecht.[7])

[1]) Vielleicht als Vorbehalt des Verfügungsrechts des Veräußerers über den durch Eintragung gekennzeichneten Wertteil.

[2]) D. h. mit dem System der festen Stellen s. oben S. 291, 292 Anm. 5.

[3]) Es war wohl weniger dieser Zweck entscheidend, als die Gewalt des Althergebrachten, das natürliche Gesetz der Trägheit in der Entwickelung des Rechts.

[4]) Bürg R. S. 588, 590, 612 ff. § 218 ff. [5]) Vorträge S. 232.

[6]) Alle diese Konsequenzen würden sich auch dann ziehen lassen, wenn man annähme, daß dem Eigentümer ein Recht geblieben ist, über einen abgegrenzten Wertteil der Sache zu verfügen

[7]) Weil sie zur Sicherung eines erwarteten Vorteils das Eigentum bis zu einem gewissen Betrage entwertet. Der dem Eigentum entzogene Wert liegt in der Hand desselben, der das Eigentum hat. Jedes dieser beiden Rechte, die sich ergänzen, hat eigene Entstehungs- und Untergangsbedingungen, auch gegenüber den Nachhypothekaren verschiedene Wirkungen. Folglich muß der Jurist im Interesse einer richtigen Rechtsanwendung sie von einander sondern. Ihre logische Sonderung gewährt ein richtiges Urteil über sie, ihre Vermischung schädigt die Klarheit ihrer Beurteilung.

§ 36.

15. Gesamthypothek.[1])

Die Gesamthypothek ist die Korrealhypothek des preußischen Rechts.[2]) Diese Lehre ist wieder nicht zusammenhängend behandelt, sondern in lauter zerstreuten Paragraphen (§§ 1132, 1172—1176, 1181 Abs. 2 und 1182).

Im ganzen ist die Korrealhypothek nach dem Muster des neueren preußischen Rechts gestaltet. Insbesondere sind die Neuerungen, die die bekannte Novelle zur preußischen Konkursordnung vom 12. März 1869 geschaffen hat, in das B.G.B. übergegangen. Natürlich tritt die Korrealhypothek am häufigsten auf bei Parzellierung eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks, und in Gegenden, wo der Grundbesitz sehr zersplittert ist, wo daher die Verpfändung eines einzigen Grundstücks dem Gläubiger für eine Kreditgewährung nicht genügt. Natürlich muß dann auf dem Grundbuchblatt jedes Grundstücks die Mithaftung der anderen Grundstücke vermerkt werden,[3]) und es darf nur ein einziger Hypothekenbrief erteilt werden (§ 59 der G.B.O). Auch kann der Gläubiger nicht etwa diese Hypothek an dem einen Grundstück abtreten und an dem andern für sich behalten, sondern die Korrealhypothek ist eben ein untrennbares Ganze.

Den Inhalt der Korrealhypothek gibt § 1132 im allgemeinen an. Jedes Grundstück haftet ungeteilt für die versicherte Forderung. Folgeweise kann der Gläubiger seine Befriedigung aus dem einen oder aus dem andern Grundstück ganz suchen, aus allen zusammen oder auch aus jedem der Grundstücke für einen Teil seiner Forderung, genau wie er gegenüber mehreren persönlichen Gesamtschuldnern die Wahl zwischen diesen drei Wegen hat.

In dem Falle, daß eine Hypothek zur Eigentümerhypothek wird, sei es wegen Nichtexistenz der Forderung, oder wegen ihres Erlöschens oder wegen einer Nichtaushändigung des Hypothekenbriefes, wird nach § 1172 auch die Gesamthypothek zur gemeinschaftlichen Hypothek aller

[1]) Oberneck a. a. O. S. 37, 38.

[2]) Ihre Entwickelung hängt mit der Zersplitterung des Grundbesitzes zusammen, Dernburg, Bürg. R. III § 231 S. 641.

[3]) damit ein Schutz gegen mehrfache Beitreibung derselben Schuld gewährt werde, Dernburg a. a. O. S. 641.

Eigentümer der verhafteten Grundstücke.[1]) Jeder der mehreren Eigentümer kann eine Repartition verlangen, damit die Hypothek an seinem Grundstück auf einen Teilbetrag, der näher bestimmt wird, beschränkt werde, und sie ihm also dann zu diesem bestimmten Teile ausschließlich zukomme. Wenn aber der Gläubiger vom Eigentümer eines Grundstücks befriedigt wird, so soll nach § 1173 der Eigentümer zwar die Hypothek an seinem Grundstück erwerben, dagegen die Hypothek an den andern mitverhafteten Grundstücken erlöschen.[2]) Das ist ein höchst wichtiger Satz, den wir in Preußen auch schon haben, und der eine auffallende Konsequenz mit sich bringt. Offenbar hat der Eigentümer, der den Gläubiger allein befriedigt hat, keinen gesetzlichen Regreß gegen die anderen, an deren Grundstücken die Hypothek erloschen ist;[3]) und diese Eigentümer der anderen Grundstücke oder die auf diese anderen Pfandgrundstücke nacheingetragenen Gläubiger haben dann einen ganz ungerechtfertigten Gewinn. Wie das mit dem Grundgedanken des B.G.B. zu vereinigen ist, läßt sich schwer erklären. Es wird dies praktisch zu einem „Marchandieren" führen, wie Dernburg[4]) es ganz richtig nennt, indem jeder Eigentümer eines gesamtverhafteten

[1]) Sonst würde der sich in ihr steckende Wert vervielfältigen und müßten daraus ungerechtfertigte Bereicherungen erwachsen. Durch die Mehrung der Fälle einer Eigentümerhypothek wurde diese Vorschrift nötig.

[2]) Sonst würde er mehr gewinnen, als die bezahlte Schuldsumme, für die er nur eine Eigentümerhypothek erhalten soll, nicht aber noch andere Hypotheken.

[3]) Dadurch unterscheidet sich die dingliche Korrealhaftung von der persönlichen Gesamtschuld aus Vertrag. Hinter letzterer steht immer eine Verbindung unter den Gesamtschuldnern, die es erklärt, warum sie sich haftbar machen und der richtigen Meinung nach im Zweifel Regreßpflichten in sich birgt (vgl. § 426). Korrealhaftungen aus Hypotheken entstehen aber häufig durch Parzellierungen oder Erwerb eines oder mehrerer zusammen verpfändeter Grundstücke, Ereignissen, bei denen die Herstellung irgend welcher Regreßpflicht nicht vermutet werden kann.

[4]) Bürg. R. III, 2. Aufl., S. 643 § 231 Anm. 8. Für das B.G.B. läßt sich etwa sagen, daß diese Tilgungsart erwartet wird. Es können also die anderen Grundeigentümer keinen Anteil an dem Gewinn haben, den sie selbst nicht erkauft haben. Eck stellt die Sache so dar, als wenn die besprochene Vorschrift den Eigentümern, die nichts bezahlt haben, nur einen besonderen Vorteil brächte. Sie raubt ihnen aber doch zugleich einen andern Vorteil, nämlich einen Anteil an der durch die Schuldzahlung gewonnenen Eigentümerhypothek, mit anderen Worten daran, daß Nachhypothekare am Nachrücken verhindert werden. Dieses Nachrücken gleicht den Vorteil, den sie aus dem Erlöschen der Gesamthypothek ziehen, wieder einigermaßen aus. Ein Vorteil erwächst ihnen oftmals höchstens nur daraus, daß hinter den Nachrückenden eine Pfandstelle frei wird.

Grundstücks den Gläubiger zu drängen suchen wird, seine Summe aus einem andern Grundstück beizutreiben.[1]) § 1173 Abs. 1 Satz 2 scheint solche Manöver auch schon vorgesehen zu haben. Der Befriedigung des Gläubigers durch den Grundeigentümer steht es gleich, wenn das Gläubigerrecht auf den Eigentümer übertragen wird. Das ist offenbar bestimmt, weil sonst jeder, statt den Gläubiger zu befriedigen, es vorziehen würde, ihm seine Forderung abzukaufen und sie auf sich übertragen zu lassen, damit sie an den mitverhafteten Grundstücken nicht erlöschen möchten.[2]) Das wird abgeschnitten. Es soll auch die Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person eines Grundeigentümers z. B. durch Erbgang ebenso wirken wie die Befriedigung.[3])

Anders soll es aber nach § 1173 Abs. 2 stehen, wenn der eine zahlende Eigentümer ohnehin einen Ersatzanspruch gegen die übrigen hat. Dann erwirbt der Ersatzforderungsberechtigte in Höhe des Ersatzanspruches neben seiner Eigentümerhypothek, die er durch Befriedigung des Gläubigers bekommt, auch die Hypothek an den anderen mitverhafteten Grundstücken, sodaß er nun an ihnen und an seinem eigenen eine Gesamthypothek hat.[4]) Das ist die große Unterscheidung zwischen regreßloser und gesellschaftlicher (regreßberechtigter) Gesamthypothek, wie Dernburg sagt.[5])

Ähnlich wie bei freiwilliger Befriedigung des Gläubigers aus einem Grundstück oder durch einen Grundeigentümer steht es auch, wenn der

[1]) Sofern er nicht das Nachrücken der Nachhypothekare auf seinem Grundstück fürchtet. Ein solches „Marchandieren" ist übrigens auch bei allen Korrealschulden zu befürchten, wenn unter den mehreren Schuldnern keine Regreßansprüche bestehen.

[2]) Vielleicht auch deshalb, weil nach B.G.B. jede Schuldtilgung durch den Hypothekenschuldner dem Ankaufe eines Vorteils ähnlich ist.

[3]) Auch diese Befreiung geschieht auf Kosten dessen, der den Forderungsverlust erleidet.

[4]) Dem Regresse gegen den Eigentümer des mitbelasteten Grundstücks steht der Regreß gegen den Rechtsvorgänger dieses Eigentümers gleich. Auch diese Vorschrift (§ 1173 Abs. 2) ist neu, vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 41 Nr. 59 S. 214. Sie ist ein unverkennbares Seitenstück des römischen beneficium cedendarum actionum und der daraus entstandenen cessio legis des § 774 B.G.B.

[5]) Bürg. R. III S. 642 § 231 Nr. 4. Wer auf seinen Regreß gegen andere Korrealschuldner verzichtet, oder wer bei dem Erwerbe einer Parzelle oder eines korrealiter gebundenen Grundstücks sich einen Regreß nicht ausbedingt, treibt ein Lotteriespiel, dessen Gewinn lediglich vom freien Willen des Gläubigers abhängt. Wer sich in solche Gefahr begibt, darf sich nicht beklagen, wenn er darin umkommt. Erlangt er das haftende Grundstück ipso jure z. B. durch Erbgang, so muß er sich damit trösten, daß solche Erwerbsarten grundsätzlich nur cum suo onere möglich sind.

Gläubiger durch Zwangsvollstreckung aus einem Grundstück Befriedigung betreibt (§ 1181 resp. 1182).[1]) Nach § 1181 Abs. 2 wird grundsätzlich die Hypothek, die aus einem Grundstück zur Befriedigung geführt hat, an den anderen einfach gelöscht. Das ist die Regel. Sowie aber der Subhastat einen Regreßanspruch gegen den Eigentümer eines mitverhafteten Grundstücks hat, geht wieder die Hypothek an diesem mitverhafteten Grundstück des Regreßpflichtigen auf den Subhastaten über (§ 1182 Abs. 1).[2]) Freilich werden die auf diesem Grundstück gleich- oder nacheingetragenen Gläubiger geschützt gegen eine Verschlechterung ihrer Lage, die dadurch entstehen könnte, daß bisher die ihnen vorgehende Hypothek nur eine bedingte war, nämlich bedingt durch die Nichtbefriedigung des Gläubigers aus einem der anderen Grundstücke. Deswegen kann einem solchen Gleich- oder Nacheingetragenen gegenüber die Regreßhypothek nicht geltend gemacht werden, also rücken sie auf (§ 1182 Abs. 2).[3]) Das ist der einzige Fall gesetzlichen Aufrückens.

Die §§ 1174, 1175 geben auch dem persönlichen Schuldner, der den Gläubiger einer Gesamthypothek befriedigt, wenn er einen Regreßanspruch gegen einen der anderen Grundeigentümer hat, die Hypothek an diesem Grundstück, während die Hypothek an den übrigen Grundstücken der nicht regreßpflichtigen Eigentümer erlischt.

§ 37.

16. Sicherungshypothek. (§§ 1184–1190.)

Die Sicherungshypothek ist die Hypothek, die nicht für den Verkehr bestimmt ist,[4]) sondern nur für dauernde Sicherstellung einer

[1]) Die abgezwungene Zahlung muß hier der freiwilligen gleichstehen.

[2]) In der Praxis wird diese Ausnahme die Regel bilden, weil sich die Erwerber der mit Korrealhypotheken belasteten Grundstücke in der Regel vorsichtigerweise Regreßrechte ausbedingen werden.

[3]) Vorsichtige Korrealhypothekenschuldner werden sich m. E. durch Vormerkung ihres Regreßanspruches und der etwa seinetwegen zu erwerbenden Hypothek gegen dieses Nachrücken schützen können. — Das Nachrücken erklärt sich m. E. aus dem öffentlichen Glauben des Buches. Die nachrückenden Gläubiger konnten bei der Kreditgewährung nicht ersehen, ob der Grundeigentümer wegen der vorstehenden Korrealhypothek einem Regreßanspruche von seiten der Korrealhypothekenschuldner unterliegen werde, durften also das Gegenteil erhoffen.

[4]) D. h. nicht für eine künstlich gesteigerte Veräußerlichkeit innerhalb des Handelsverkehrs. Sonst dient auch sie Verkehrsinteressen. Man hätte sie die (von Inhalt und Dasein der Hauptschuld) unbedingt (materiell) oder ernstlich oder wirklich abhängige Hypothek nennen sollen, die sog. Verkehrshypothek aber die bloß formell

Forderung, z. B. der Forderung eines Mündels gegen seinen Vormund oder der Forderung der miterbenden Geschwister gegen ihren älteren Bruder u. s. w. Daher ist diese Sicherungshypothek streng akzessorisch gestaltet. Das Hypothekenrecht des Gläubigers bestimmt sich hier durchaus nur nach der persönlichen Forderung, die Hypothek kann nur fällig werden, wenn die Kündigung vom persönlichen Schuldner oder an den persönlichen Schuldner erfolgt ist. Der Bestand der persönlichen Forderung ist durchaus Bedingung für die Entstehung oder für die Fortdauer der Hypothek.

Endlich kann die Sicherungshypothek auch nicht durch die bloße Eintragung dargetan werden, sondern muß besonders bewiesen werden und darum auch im Grundbuch von vornherein als Sicherungshypothek bezeichnet werden, § 1184 Abs. 2. Die weitere Konsequenz ist, daß für die Sicherungshypothek auch kein Hypothekenbrief ausgestellt werden kann; denn sie ist ja nicht zur Zirkulation bestimmt (§ 1185). Darum kann auch hier die Forderung nicht an dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs partizipieren und was dergleichen Konsequenzen mehr sind. Besonders wichtig wird die Sicherungshypothek werden einmal als Kautionshypothek[1]) nach § 1190. Dann aber muß der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, von vornherein mitbestimmt und eingetragen werden.

Sodann soll die Sicherungshypothek auch — das wird voraussichtlich ein Hauptfall werden — zur Sicherung von Inhaberpapieren dienen, von Wechseln und anderen Orderpapieren aus kaufmännischen Verpflichtungsgeschäften (§§ 1187—1189).

Bei diesen beiden Arten, der Kautionshypothek und der Inhaberpapierhypothek, kann die Hypothek sogar ohne besondere Bezeichnung im Grundbuch als solche konstituiert werden, weil dies aus der Art der Eintragung ohne weiteres klar ist.

Bei dieser Hypothek zur Deckung von Inhaberpapieren ist Hypothekengläubiger jedesmal der Eigentümer des Papieres, das heißt: Der Erwerb der Hypothek erfolgt hier mit dem Erwerb des Papieres ohne alle Eintragung (§ 1187 Abs. 3). Bisher hatten wir in Preußen

(der äußeren Form oder dem äußeren Scheine nach) von der Hauptschuld abhängige Hypothek. Der Name Sicherungshypothek ist, wie schon oben erwähnt wurde, darum nicht gut gewählt, weil jedes Grundstückspfand eine Hoffnung sichert, vgl. oben S. 258 Anm. 1.

[1]) D. h. mit unbestimmtem Betrage.

diese Erscheinung nur nach dem Eisenbahngesetz vom 19. August 1895,[1]) künftig wird sie in weitestem Umfange zugelassen.

Zur Entstehung dieser Hypothek für Inhaberpapiere genügt nun folgerichtig statt eines Vertrages, der nicht mit jedem Inhaber geschlossen werden kann, eine einseitige Erklärung des Eigentümers vor dem Grundbuchamt, daß er die Hypothek bestelle, und auf Grund dieser einseitigen Erklärung, die an stelle des dinglichen Vertrages tritt, die Eintragung (§ 1188).

Höchst eigentümlich ist bei dieser Hypothek, daß für den jeweiligen Gläubiger im voraus ein Vertreter bestellt werden kann, ein Pfandhalter oder Treuhänder, wie man ihn nennen will (§ 1189). Das soll Änderungen im Grundbuch erleichtern, für die nicht jedesmal alle Inhaberpapiere zusammengetrommelt werden könnten. Darum hat jeder dieser Vertreter der Inhaber der versicherten Papiere die Befugnis, Änderungen im Grundbuch ein für allemal zu bewilligen.

Der Name dieses Pfandhalters oder Treuhänders muß dann auch in dem Grundbuch mit eingetragen werden (§ 1189 Abs. 1 Satz 2).

Noch etwas anderes ist der Kautionshypothek eigentümlich. Sie kann nicht nur durch Abtretung und Buchung nach der Regel der Hypothek übertragen werden, sondern es kann bei ihr die gesicherte Forderung nach den Regeln über Forderungen, mit anderen Worten durch formlose oder schriftliche Cession zur Veräußerung kommen. Wird sie nach diesen Vorschriften übertragen, so ist jedoch der Übergang der Hypothek ausgeschlossen (§ 1190 Abs. 4). Hiermit ist gemeint, daß diese Hypothek, wenn nur das Kreditverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Pfandbesteller fortdauert, für den Gläubiger bestehen bleibt.[2]) Die Forderung, die nach den allgemeinen Regeln übertragen werden kann, ist hiernach gedacht als ein Einzelanspruch, der als Cessionsobjekt übertragen werden kann. Aber der Grundanspruch aus dem Kreditverhältnis verbleibt beim Gläubiger.[3])

[1]) G.S. S. 499, vgl. § 20 ff. des Gesetzes.

[2]) Eck meint wohl, daß der abgetretene Anspruch von der Hypothek nicht mehr geschützt wird, die Hypothek aber zum Schutze anderer Ansprüche bestehen bleibt, die aus dem Kreditverhältnisse neben dem abgetretenen Anspruche entstehen können. Ist z. B. die Höchstbetragshypothek für alle rückständigen Mietzinsen bestellt, und eine Zinsforderung abgetreten, so haftet sie noch für alle andern.

[3]) Eck versteht unter dem Grundanspruche den Inbegriff der sonstigen Ansprüche, die neben dem abgetretenen Anspruche aus dem Kreditverhältnisse entstanden sind oder entstehen können.

§ 38.

17. Grundschuld. (§§ 1191—1198.)

Die Grundschuld ist das von der Forderung unabhängige dingliche Recht an einem Grundstück auf Zahlung einer Geldsumme aus diesem Grundstück, also dem reinen Realkredit dienend, wie wir sie jetzt schon in Preußen seit dem Eigentumserwerbsgesetz haben, und wie sie als alleinige Form der Realgrundverschuldung in Hamburg, Lübeck u. s. w. vorkommt. Sie hat für den Grundeigentümer den praktischen Vorzug, daß er sich nicht persönlich dabei haftbar macht, und für den Gläubiger, daß er allein aus dinglichem Rechte einen Anspruch hat, also das persönliche Schuldverhältnis nicht klar zu legen braucht. Natürlich kann ein persönliches Schuldverhältnis immer neben der Grundschuld herlaufen.[1]) Bei Mangelhaftigkeit des persönlichen Verhältnisses kann auch eine[2]) Grundschuld mit einer persönlichen Klage angegriffen und zur Aufhebung gebracht werden.

Die Regeln für die Grundschuld sollen im allgemeinen die der Hypothek sein, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt (§ 1192 Abs. 1)[3]). Also kann für die Grundschuld ein Brief ausgefertigt werden oder sie kann auch ohne Brief begründet werden. Künftig wird es demnach auch eine Buchgrundschuld geben, während wir in Preußen bloß eine Briefgrundschuld haben. Sodann, weil keine Forderung besteht und also die Regeln über die Forderung hier unanwendbar werden, greifen Eigentümlichkeiten Platz, die bei der Hypothek nicht nötig waren.

---

[1]) Vgl. oben S. 256 Anm. 3 a. E. Auch wenn dies nicht der Fall ist, wird der Grundeigentümer in der Regel ein Interesse daran haben, die gekündigte Grundschuld zu bezahlen, um Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu vermeiden. Diesem Interesse entspricht eine Hoffnung des Grundschuldberechtigten auf eine solche Zahlung, so daß immer neben der Grundstückshaftung ein Verhältnis steht, das ohne besonderen Klagschutz ist, also kein juristisches Schuldverhältnis ist, aber vom Standpunkte des Laien als ein solches empfunden wird (eine obligatio quasi naturalis).

[2]) Die Nachschrift besagt „keine", was sicherlich auf einem Irrtume beruht.

[3]) Die Grundschuld ist nicht einmal formell akzessorisch, wie es die Hypothek unter allen Umständen ist. — Vor einem abstrakten Schuldversprechen hat sie die Fähigkeit voraus, bei der Zwangsvollstreckung bevorzugt zu werden. Im übrigen sichern sowohl die Forderungen wie die Grundschulden erwartete Leistungen, diese aber gegen jeden jeweiligen Grundstückseigentümer und mit Absonderungsvorrechten.

Das Kapital der Grundschuld wird immer erst nach sechsmonatlicher Kündigung fällig, doch ist eine abweichende Bestimmung darüber zulässig (§ 1193).

Die Zahlung hat am Orte des Grundbuchamtes zu erfolgen (§ 1194).

Der Grundschuldbrief kann sogar auf den Inhaber gestellt werden (§ 1195). Das ist wieder etwas neues. Bekanntlich war in Preußen nur eine Blankocession auf einen Grundschuldbrief zulässig. Künftig kann er von vornherein au porteur gestellt werden.[1]) Damit dient der Grundschuldbrief ähnlichen Zwecken wie das Inhaberpapier.

Auf einen Grundschuldbrief, der auf den Inhaber gestellt ist, sollen nach § 1195 die Vorschriften über die Schuldverschreibung auf den Inhaber entsprechende Anwendung finden. Daß auch das Erfordernis der Staatsgenehmigung hier Anwendung finden soll, kann jedoch unmöglich gemeint sein. Es muß vielmehr angenommen werden, daß nur das Recht der fertigen Inhaberpapiere Platz greift, aber nicht auch die Bedingungen für die Emission auf die Grundschuldbriefe zu übertragen sind.[2])

Die Grundschuld kann auch für den Eigentümer neu eingetragen werden, also als Eigentümergrundschuld nach § 1196 u. § 1197. Gewöhnlich wird hervorgehoben, das sei eine wichtige Abweichung von der Hypothek. Mir scheint diese Abweichung wirklich nicht so erheblich zu sein.[3]) Denn da jede Briefhypothek, wenn der Brief einem Gläubiger noch nicht übergeben ist, eine Eigentümerhypothek ist, so kann

[1]) Das bisherige Recht macht den gleichen Erfolg möglich, aber nur auf einem Umwege, der keinen Zweck hatte. Man konnte die Grundschuld einem Fiduziar ausstellen, der sie sogleich demjenigen in blanco cedierte, für den sie eigentlich bestimmt war.

[2]) Für die Entbehrlichkeit der Staatsgenehmigung auch Dernburg im Widerspruche mit der Praxis des Kammergerichts. Bürg. R. III § 246 Anm. 5, 2. Aufl., S. 681, 3. Aufl., S. 721. Weitere Literaturangaben finden sich in der mir von befreundeter Seite zur Kenntnis gebrachten Entscheidung in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts Bd. I, Heft 1, S. 37. (Zusammengestellt im Reichs-Justizamt.) Für das Kammergericht spricht, daß eine Erschwerung der Inhaber-Grundschulden ihre Zulassung keinesfalls illusorisch macht.

[3]) Eck fühlt sehr richtig heraus, daß jede bloß formell akzessorische Hypothek materiell der Grundschuld gleichgestellt und nur durch die Vorschrift des Gesetzbuchs von den Sondervorschriften über Grundschulden (z. B. Ausstellbarkeit auf den Inhaber u. dgl.) ausgeschlossen wird, daher auch in der Rechtssprache nicht Grundschuld genannt werden darf. Vgl. oben S. 256 Anm. 3.

jeder Grundeigentümer eine Hypothek für sich selber bestellen, wenn er sie für einen Freund eintragen läßt und sich dann mit dessen Zustimmung die Hypothek im Grundbuch auf seinen Namen umschreiben läßt.[1])

Wie bei der Wandlungsfähigkeit aller andern Grundstückspfandrechte ist auch hier eine Umschreibung der Grundschuld in eine Hypothek und Umschreibung der Hypothek in eine Grundschuld zulässig (§ 1198). Die gleich- oder nachstehend Berechtigten brauchen nicht zuzustimmen. Die drei Grundpfandrechte sind eben einander gleichartig und darum werden die Interessen der gleich- oder nachstehenden Berechtigten nicht berührt.[2])

§ 39.

18. Renten-Grundschuld. (§§ 1199—1203.)

Die Rentengrundschuld besteht schon jetzt in manchen deutschen Ländern und Städten, in Hamburg, Lübeck, München u. a. m. Auf Verlangen der Landwirte, die unkündbare Kapitalien auf ihre Grundstücke aufzunehmen wünschten, ist sie auch in das B.G.B. hineingekommen, als eine außerkapitalistische[3]) Verschuldungsform, bei der der Grundstückseigentümer nur eine Rente zu zahlen hat. Sie ist also ein dingliches Recht auf eine in regelmäßigen Terminen aus dem Grundstück zu zahlende Geldsumme.

Bemerkenswerter Weise wird sie in § 1199 als eine Unterart der Grundschuld behandelt. „Eine Grundschuld kann in der Weise bestellt werden, daß in regelmäßig wiederkehrenden Terminen eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstück zu zahlen ist." Folglich sind auch die Regeln über die Grundschuld auf die Rentenschuld anwendbar.[4])

---

[1]) Das Reichsgericht legt besondere Verwahrung dagegen ein, die Sondervorschriften der Grundschulden (§§ 1188, 1192, 1195, 1196) in entsprechender Weise auf Grunddienstbarkeiten anzuwenden (Entsch. d. R.G. Bd. 47 Nr. 45 S. 208). In der Tat sind die Zwecke der Gesetzgebung bei diesen beiden Gruppen von Rechten so verschiedene, daß derartige Analogien einen groben Mißgriff enthalten würden.

[2]) Oder diese Berührung ihrer Interessen gilt als so unbedeutend, daß die Gesetzgebung über sie hinwegschreitet, damit die Veräußerlichkeit und Verwertbarkeit der Grundstückspfandrechte gesteigert werde.

[3]) D. h. eine solche, die keine Pflicht zur Kapitalrückzahlung begründet.

[4]) Von den Reallasten unterscheidet sie sich nicht bloß durch die wirtschaftsgeschichtliche Entstehung, sondern durch ihre Unterstellung unter das Grundschuldrecht. Folglich müssen die Rentenschulden aus dem Begriffsumfange der Reallasten ausgeschaltet werden, zu dem sie ohne diese besonderen Bestimmungen allerdings gehören würden, s. oben S. 246 Anm. 2.

Auch hier ist ein Brief möglich, aber nicht nötig. Sie kann als Briefrentengrundschuld oder als Buchrentengrundschuld vorkommen. Der Brief kann auf den Inhaber gestellt werden. Die einzelnen Leistungen, die dem Schuldner abgefordert werden können, werden nach den Regeln für Hypothekenzinsen geltend gemacht, also mit einer dinglichen Klage (§ 1200).[1])

Die ganze Rentenschuld soll stets ablösbar sein (§ 1199 Abs. 2). Bei der Bestellung der Rentenschuld muß der Betrag gleich bestimmt werden, durch dessen Zahlung die Rentenschuld abgelöst werden kann, und diese Ablösungssumme muß im Grundbuch eingetragen werden. Das Recht der Ablösung hat nur der Grundeigentümer (§ 1201 Abs. 1); es steht ihm aber nur nach sechsmonatlicher Kündigung zu. Diese Kündigung kann auf 30 Jahre ausgeschlossen werden (§ 1202). Dagegen kann dem Gläubiger das Kündigungsrecht bei der Rentenschuld nicht eingeräumt werden. Indessen ist natürlich Sorge getragen, daß er nicht zuzusehen braucht, wenn das Grundstück verschlechtert wird. Bei Devastation des Grundstücks ist der Gläubiger berechtigt, die Zahlung der Ablösungssumme aus dem Grundstück zu verlangen (§§ 1133, 1201 Abs. 2). Hier also hat er ein Kündigungsrecht sogar kraft des Gesetzes.

Endlich ist auch hier wieder die Umwandlung der Rentengrundschuld in eine gewöhnliche Grundschuld zulässig und ebenso umgekehrt die Umwandlung der Rentenschuld in eine Grundschuld, wiederum ohne Zustimmung der gleich- oder nachstehend Berechtigten, weil deren Interessen dadurch nicht verletzt werden (§ 1203).[2])

§ 40.

19. Fahrnis-Pfandrecht.[3])

Das Pfandrecht an beweglichen Sachen ist das zur Sicherung einer Forderung dienende Recht des Gläubigers an einer Sache, aus

[1]) Ein Seitenstück des § 1107. Das Reichsgericht bemerkt dazu: „Aber damit ist nicht gesagt, daß alle Bestimmungen über Hypothekenzinsen auf diese Leistung Anwendung finden sollen . . . Für die Eintragung der Rentenschuld sind . . . besondere Bestimmungen getroffen." Entsch. d. R.G. Bd. 54 Nr. 27 S. 93.

[2]) Natürlich darf sich nicht hinter der Umwandlung eine Erhöhung der Last verstecken.

[3]) Wie im preußischen Recht, so ist auch im B.G.B. eine tiefgreifende Verschiedenheit in der Bewertung unbeweglicher und beweglicher Pfandstücke festgehalten. Bei jenem dient die Verpfändung als Mittel dauernder Kapitalsanlagen, bei diesen als ein vorübergehender Notbehelf in Geldverlegenheit.

derselben seine Befriedigung zu suchen (§ 1204). Darin liegt, daß dieses Mobiliarpfandrecht einmal ein dingliches Recht und zweitens ein akzessorisches Recht ist. Das Moment der Dinglichkeit führt sofort zu der Konsequenz, daß, wenn nicht eine Sache verpfändet ist, sondern ein Recht, z. B. eine Forderung, ein andersartiges Pfandrecht vorliegt, kein dingliches, weil eine körperliche Sache fehlt.[1]) Das Pfandrecht hat also auch nach dem B.G.B. nicht eine einheitliche, für alle Anwendungsfälle gleichartige Natur, sondern es nimmt vielmehr nach seinem Gegenstand eine verschiedene juristische Gestalt an. Darum ist auch im B.G.B. im ersten Titel das Pfandrecht an beweglichen Sachen und im zweiten Titel das Pfandrecht an Rechten unterschieden. Obwohl letzteres streng genommen kein dingliches Recht ist, so steht es im Buch vom Sachenrecht.[2]) Die Stellung des Pfandrechts ist eben a potiori nach dem Normalfall des Pfandrechts an beweglichen Sachen bestimmt.

Das zweite Begriffsmoment, die akzessorische Qualität des Pfandrechts ist vom B.G.B. streng durchgeführt, sowohl bei der Entstehung des Pfandrechts als bei seinem Bestand, als auch bei seinem Erlöschen.[3])

Mit der Übertragung der Forderung geht allemal auch das Pfandrecht über und ohne sie nicht (§ 1250). Es folgt also untrennbar wie der Schatten dem Leibe, so der Forderung. Das Pfandrecht erlischt mit der Forderung, für die es besteht (§ 1252).

---

[1]) Eck beobachtet also den engeren Sprachgebrauch, der nur an greifbaren Gegenständen von dinglichen Rechten reden will, vgl. dagegen das oben S. 231 Anm. 1 ausgeführte. Auch das Reichsgericht spricht ohne Bedenken (Entsch. d. R.G. Bd. 51 Nr. 88 S. 86) bei dem Forderungspfandrechte von einer dinglichen Bindung. Der Wert der Forderung wird durch ihre Verpfändung ebenso beeinträchtigt, wie bei dem Sachpfande der Wert der Sache.

[2]) Es spricht dafür der Umstand, daß das Pfandrecht an der Forderung auch gegenüber den Gläubigern des verpfändenden Gläubigers durchschlägt und ein Absonderungsrecht zu gewähren vermag. Darin zeigt sich handgreiflich seine dingliche Natur.

[3]) Eine Folgerung zieht das R.G. Entsch. Bd. 52 Nr. 50 S. 184. Der Cedent kann nach der Cession ein Pfandrecht für die Forderung nicht mehr begründen. Dies ergibt sich m. E. namentlich daraus, daß das B.G.B. dingliche Verträge zu Gunsten Dritter nicht kennt. Mit der akzessorischen Natur des Pfandrechts hängt zusammen, daß bei beweglichen Sachen das Pfandrecht an eigener Sache nur als Ausnahmeerscheinung vorkommt (§ 1256 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2), und an der Entwicklung der Eigentümerhypothek keinen Anteil erhalten hat.

Daraus folgt z. B., daß es gar kein Afterpfandrecht gibt, in dem Sinne, daß nur das Pfandrecht weiter verpfändet wurde, sondern nur mit der Forderung kann es verpfändet werden.[1]) Aber wenn auch die Forderung verpfändet wird, ist es eben kein reines Afterpfandrecht, sondern ein Forderungspfandrecht. Darum sucht man den Ausdruck Afterpfandrecht oder einen ähnlichen im B.G.B. vergeblich.

Es fragt sich, ob zur Sicherung für eine Forderung auch das Eigentum an einer Sache auf den Gläubiger übertragen werden könne. Diese Frage beantwortet das B.G.B. nirgends ausdrücklich. Aber man wird sie doch bejahen müssen. Der dingliche Vertrag ist stets ein abstrakter Vertrag, also kommt die causa der Sicherheitsleistung für eine Forderung dabei garnicht in Betracht,[2]) und ebenso wie hiernach die Übereignung einer Sache zur Sicherstellung eines Gläubigers möglich ist, muß auch weiter die Cession einer Forderung zur Sicherung des Gläubigers, die sogenannte Securitätscession zulässig sein.

Das B.G.B. kennt drei Entstehungsgründe: Vertrag, Gesetz und Richterspruch. Dagegen ist im Gegensatze zum gemeinen und preußischen Recht das Vermächtnis kein Entstehungsgrund mehr. Ein Vermächtnis kann immer nur eine Forderung begründen (§ 2174). Wenn man also einem Gläubiger zu einer Deckung ein Pfandrecht zuwendet, so kann er nur von dem Erben die Bestellung eines Pfandrechts durch Vertrag verlangen.

Zum dinglichen Vertrag muß noch Übergabe der Sache durch den Eigentümer an den Gläubiger hinzukommen (§ 1205), also Besitzeinräumung,[3]) sodaß der Gläubiger ein Faustpfand hat und das Pfandrecht auch für andere erkennbar wird. Indessen werden nun die Erfordernisse des § 1205 doch wieder recht erheblich abgeschwächt und zwar soweit, als es irgend möglich erschien, ohne die Erkennbarkeit des Pfandrechts aufzuheben.[4]) Zunächst ist abgeschwächt:

---

[1]) In Wahrheit ist hier nur eine altbewährte Rechtsform beseitigt worden. Man kann m. E. nicht behaupten, daß das Afterpfand nicht akzessorisch war. Es war vielmehr doppelt akzessorisch (quatenus utraque pecunia debetur). Dig. XX, 1. fr. 13 § 2.

[2]) Vgl. oben S. 54.

[3]) Darum müssen die aus einer größeren Masse heraus verpfändeten Sachen soweit genau bezeichnet sein, als dies zum Besitzerwerbe nötig ist, R.G. Entsch. Bd. 53 Nr. 54 S. 220, vgl. auch Bd. 52 Nr. 100 S. 388.

[4]) Die Erkennbarkeit des Pfandrechts ist doch nicht zu erreichen, da sich der Verpfändungsakt ohne Zeugen vollzieht und der bloße Umstand, daß sich eine Sache

a) das Erfordernis der Übergabe der Sache. Zwar geht in diesem Punkte die Abschwächung nicht soweit wie bei der Eigentumsübertragung; denn zur Verpfändung einer Sache reicht nicht, wie zur Eigentumsübertragung ein constitutum possessorium aus.[1])

Es reicht auch nicht aus die bloße Abtretung des Anspruchs gegen einen dritten Besitzer auf Herausgabe der Sache. Ich kann also eine Sache, die mir gestohlen ist und sich in Händen des Diebes befindet, zwar sehr gut übereignen, indem ich meinen Herausgabeanspruch abtrete, aber ich kann sie nicht verpfänden. Ich kann das jus majus übertragen, aber nicht das jus minus, weil die Abtretung des Herausgabeanspruches zur Verpfändung nicht als Ersatz der Übergabe anerkannt ist.[2])

Wohl aber gilt nach § 1205 Abs. 2 als Ersatz der Pfandübergabe, daß der Eigentümer, der mittelbaren Besitz an der Sache hatte, diesen auf den Pfandgläubiger überträgt, und die Übertragung des mittelbaren Besitzes auch dem unmittelbaren Besitzer anzeigt. Der Deponent kann also die auf der Bank deponierten Wertpapiere wirksam verpfänden. Er muß nur der Bank anzeigen, daß er sie verpfändet hat. Der Pfandgläubiger bekommt dann mittelbaren Besitz und Pfandrecht an den Gegenständen, die er mit Augen nie gesehen hat. Ebenso kann der Vermieter die von ihm vermieteten Gegenstände z. B. Möbel, der Leihbibliothekar die Bücher wirksam verpfänden. Es muß nur wieder dem dritten Besitzer angezeigt werden. Auffallender ist schon, daß der Verpfänder die auf dem Leihhaus versetzten Gegenstände wirksam weiter verpfänden kann, wenn er es dem Leihhausbesitzer anzeigt. Schließlich kann auch der Exsequendus die ihm bereits abgepfändeten Sachen

in der Wohnung des Pfandgläubigers befindet, für sich allein nicht erkennbar macht, daß sie sein Pfandstück ist. Die entgegengesetzte herrschende Meinung beruht auf Selbsttäuschung.

[1]) Dieser Satz pflegt im Verkehre im größten Umfange umgangen zu werden, indem die Parteien Rückkauf und Miete verabreden. Dadurch zeigt er sich als praktisch ohnmächtig.

[2]) Es sind dies Opfer, die der angeblich germanistischen Regel „Ohne Faust kein Pfand" gebracht werden, aber vom volkswirtschaftlichen Standpunkte sehr beklagenswert sind, vgl. in Gruchots Beiträgen Bd. XXV S. 185 ff. des Herausgebers Ausführungen, die eine Zustimmung von germanistischer Seite gefunden haben, H. Meyer, Neuere Satzung von Fahrnis und Schiffen, Jena 1903, S. 138 ff. Wollte man mit dem Erfordernis der Erkennbarkeit des Pfandrechts wirklich Ernst machen, so müßte man eine Anlegung von Siegeln und dergleichen Maßregeln, wie sie bei Pfändungen vorkommen, als Verpfändungsform verlangen.

immer noch wirksam verpfänden, denn er hat ja mittelbaren Besitz und muß nur dem unmittelbaren Besitzer von der Verpfändung Anzeige machen.[1]) Das sind neue Sätze gegenüber dem bisherigen preußischen Recht. Denn es ist ja klar, daß diese Abschwächung des Erfordernisses der Übergabe viel weiter geht, als die symbolische Übergabe, die das Pr. A.L.R. in § 271 I, 20 zuläßt, und auch weiter als das, was bisher § 14 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung bestimmte, daß nämlich die Übergabe von Konnossementen und ähnlichen Dispositionspapieren die Übergabe der Ware ersetzen könne. „Das Absonderungsrecht besteht ohne Übergabe der Sache, sofern nach den Reichsgesetzen oder den Landesgesetzen die Übergabe von Konnossementen und ähnlichen Papieren über Waren oder andere bewegliche Sachen der Übergabe derselben gleichsteht u. s. w." Dieser § 14 ist bei der Revision des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung gestrichen worden.

Noch eine weitere Abschwächung des Requisits der Übergabe ist im § 1206 enthalten. Danach genügt auch schon die Einräumung des bloßen Mitbesitzes an den Gläubiger, wenn nur die Sache entweder sich unter seinem Mitverschluß befindet oder ein dritter Besitzer die Herausgabe nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich bewirken darf. Das B.G.B. drückt sich hier durch ein Versehen so aus: „Wenn die Herausgabe nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen *kann*." Gemeint ist erfolgen *darf*; denn es ist hier nicht eine tatsächliche Unmöglichkeit, sondern nur eine rechtliche Unzulässigkeit der Herausgabe an einen andern als den Eigentümer und den Gläubiger zusammen gemeint.

Zu dem Mitbesitz von Eigentümer und Gläubiger muß also der Mitverschluß hinzukommen, oder aber die Verwahrung der Sache für die beiden zu gesamter Hand.

Was heißt aber nun Mitverschluß? Der Ausdruck stammt schon aus Entwurf I § 1147 und ist schon damals in den Motiven näher erläutert worden. Fraglich ist, ob es zum Mitverschluß genügt, wie man aus dem Worte entnehmen könnte, daß die Pfandstücke in einem verschlossenen Raum lagern und sowohl Eigentümer als auch Pfandgläubiger einen zu dem Raum schließenden Schlüssel haben. In der

[1]) Die Beurteilung dieses Rechtsverhältnisses ist streitig, vgl. oben S. 13 Anm. 3.

Tat hat schon in einem Falle, wo ein Weinlager verpfändet war und von den beiden Kellerschlüsseln der eine dem Pfandgläubiger übergeben, der andere beim Verpfänder zurückgeblieben war, der dritte Senat des Reichsgerichts (Seufferts Archiv Bd. 50 Nr. 8) Mitbesitz und darum Faustpfandrecht als gegeben angenommen. Dagegen hat in einem ganz genau gleich liegenden Berliner Fall für das preußische Recht der sechste Senat des Reichsgerichts umgekehrt entschieden (Entsch. des R.G. Bd. 37 Nr. 9 S. 31). Der Inhaber eines Theaterrestaurants hatte sein Weinlager verpfändet und den Schlüssel dazu dem Pfandgläubiger übergeben, zugleich aber, ohne daß dieser es wußte, seinerseits einen Schlüssel zurückbehalten. Dann war er in Konkurs verfallen. Das Reichsgericht entschied, daß das Weinlager von anderen Gläubigern gepfändet werden konnte, weil jener erste Vertragspfandgläubiger kein Faustpfandrecht erworben hatte. Beim Verbleiben eines Schlüssels in Händen des Verpfänders sei dessen Verfügungsgewalt nicht ausgeschlossen gewesen und darum habe der Pfandgläubiger keinen Gewahrsam erworben.[1]) In diesem letzteren Sinne, wie das Reichsgericht in Bezug auf das Weinlager des Theaterrestaurateurs entschieden hatte, ist auch § 1206 und sein Erfordernis des Mitverschlusses zu verstehen. Der Eigentümer muß verhindert sein, ohne Zuziehung des Pfandgläubigers zur Sache zu gelangen, sodaß also eine trotzdem durch den Eigentümer vorgenommene Bemächtigung der Gegenstände eine Wegnahme gegen § 289 des Strafgesetzbuches darstellen würde. Konkreter ausgedrückt: Mit dem Verschluß ist gemeint, daß etwa zwei verschiedene Vorlegeschlösser vor der Tür angebracht sein müssen, und für das eine der Eigentümer, für das andere der Gläubiger den Schlüssel haben muß, sodaß nur durch ein Zusammenwirken beider der Zugang zur Sache gewonnen werden kann. Dieser Zweck kann natürlich auch auf andere Weise erreicht werden. Z. B. ist der Reichskriegsschatz, der zu Spandau im Juliusturm lagert, in der Weise gesichert, daß zu der Tür, welche in das Gewölbe führt, der Zugang nur dadurch möglich wird, daß zwei

[1]) M. E. müßte man die betrügerische Zurückbehaltung eines Schlüssels mit der unerlaubten Anfertigung eines Nachschlüssels auf eine Linie stellen, also dem zurückbehaltenden Besitzer eines solchen Schlüssels keinen Besitz mehr an dem Verschlossenen zuschreiben. Die bloße Möglichkeit, an eine Sache heranzukommen, macht nicht zu ihrem Besitzer, falls man die Sache nicht ergreifen darf. Vgl. oben S. 3 Anm. 3.

Schlüssel gleichzeitig jeder in ein Schloß gesteckt werden.[1]) Den einen hat der Reichskanzler und den andern der preußische Kriegsminister.

Der Reichskriegsschatz lagert also unter Mitverschluß zweier Personen, indem der Zugang nur durch ein Zusammenwirken beider gewonnen werden kann. Dies hatte als Rechtssatz auch schon das Reichsoberhandelsgericht in einem andern Fall angenommen (Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 14 S. 102). Hier in Berlin hatte ein Schuhmacher 42 000 Paar Stiefel dem Gläubiger verpfändet und diese in einer dazu gemieteten Remise in der Prenzlauerstraße untergebracht. Vor der Remisentür waren zwei Vorlegeschlösser angelegt worden, zu jedem hatte einer der beiden Beteiligten den Schlüssel bekommen. Da hat das Reichsgericht Faustpfandrecht als gegeben angenommen. Diese Praxis des Reichsoberhandelsgerichts wollte man durch § 1206 festlegen. Darum ist der Ausdruck: Mitverschluß des Gläubigers gewählt.[2])

Freilich tauchen bei diesem Ausdruck neue Zweifel auf. Kann ein Gläubiger Faustpfandrecht haben, wenn die Pfandsache zwar unter seinem Mitverschluß, aber in den eigenen Räumen des Verpfänders lagert? Dernburg sagt ja, Biermann nein.[3]) Es wird wohl darauf

---

[1]) Ähnliche Verhältnisse bestehen bei der Breslauer Universitätskasse und wohl noch bei sehr vielen Kassen.

[2]) Was Eck Mitverschluß nennt, könnte man Gesamtverschluß oder Verschluß zur gesamten Hand nennen. In der Redeweise des Volkes umfaßt der „Mitverschluß" auch den Fall, wo zwei mit einander je einen Schlüssel zu demselben Schlosse haben, der allein zu öffnen vermag. Die Vorgeschichte der Vorschrift (Prot. Bd. 6 S. 261) spricht für Eck, auch der bekannte Zweck des Satzes: „Ohne Faust kein Pfand", die Verpfänder an betrügerischen Verfügungen über die Pfandsache zu hindern, bei denen sie das Dasein des Pfandrechts verschweigen. Andererseits ist es nur fraglich, ob man bei solchem Verschlusse zur gesamten Hand überhaupt von einem Mitbesitze reden kann, was § 1206 allerdings tut. Dies wäre wohl ein „Gesamtbesitz", kein wahrer Mitbesitz. Ein Mitbesitz zu gleichen Teilen, überhaupt zu Bruchteilen, liegt freilich in keinem Falle vor. Der „Mitbesitz" des § 1206 ist also ein Besitz eigener Art. Der eine Mitbesitzer hat den animus domini in solidum, der andere einen animus creditoris. Geteilt ist nicht das Ziel des Besitzes, nur die Gewalt. — Das Reichsgericht definiert (Entsch. Bd. 53 Nr. 54 S. 221) den Mitverschluß als den Fall, daß den Verpfändern die Möglichkeit abgeschnitten ist, ohne Mitwirkung des Pfandgläubigers über die Sache zu verfügen.

[3]) Vgl. Dernburg, Bürg. R. III § 264 S. 743, Bierman, Anm. 1 a zu § 1206 (woselbst auch die Ansichten von Lehmann und Wolff besprochen werden). Der Verpfänder ist hier an denjenigen Geschäften verhindert, die der dem Gläubiger

ankommen, ob die Lage der Sache neben dem Mitverschluß der beiden Beteiligten dem Gläubiger auch Mitbesitz gewährt. Also für die Pfandsache, die sich etwa in einem doppelt verschlossenen Kasten befindet, der aber im Zimmer oder gar im Bureau des Verpfänders steht, ist zwar Mitverschluß vorhanden aber nicht Mitbesitz.[1]) Der Pfandgläubiger kann trotz des Schlüssels, den er hat, nicht zu der Sache gelangen, und der Verpfänder könnte hier über den ganzen Kasten verfügen, ohne daß man sagen dürfte, er habe ihn dem Pfandgläubiger weggenommen.[2]) Da würde das Vorhandensein eines Faustpfandrechts zu verneinen sein.[3]) Wenn dagegen die Ware z. B. in einem doppelt verschlossenen Keller des Verpfänders lagert, der von der Straße aus zugänglich ist, so ist das Vorhandensein eines Mitbesitzes und weiter auch eines Mitverschlusses zu bejahen. So kommt es auf die Umstände an, ob Dernburg oder Biermann beizutreten ist.

Fast ebenso wichtig ist, daß statt der Übergabe des Pfandstückes nach demselben § 1206 auch Verwahrung desselben durch einen dritten

---

gewährte Pfandbesitz unmöglich machen soll. Hiernach ist Dernburg beizutreten, sofern der Pfandgläubiger die Möglichkeit hat, an die verschlossene Sache heranzukommen. Eine Verpflichtung des Verpfänders, ihn heranzulassen, halte ich hierbei für genügend.

[1]) M. E. ist hier der unmittelbare Pfandbesitz in der Hand eines Verwahrers, der zugleich Eigentümer ist. Mitbesitz ist freilich nicht da, sondern nur „Doppelbesitz". Da jedoch, wie in der vorigen Anmerkung ausgeführt ist, das Wort Mitbesitz in § 1206 in einem ganz ungewöhnlichen Sinne genommen ist, so kann man vielleicht auch diesen Fall ausnahmsweise mit Dernburg als Mitbesitz in diesem besonderen Sinne auffassen.

[2]) Vom Inhalte kann man jedenfalls sagen, daß er ihn unterschlagen hat. Eine Gefahr, daß ein Dritter einen solchen Kasten kaufen werde, zu dem der eine der beiden erforderlichen Schlüssel fehlt, ist nicht leicht zu befürchten.

[3]) Dies ist zweifelhaft. Wie steht es z. B. wenn die Sache in einem Raume liegt, den ein Dritter mit dem Pfandgläubiger so verschließt, daß sie ihn beide nur zusammen öffnen können, wobei der Pfandgläubiger gegen den Dritten nur einen Anspruch auf gemeinsames Aufschließen hat? Hier möchte ich, wenn die Türe an der Straße liegt, unmittelbaren Alleinbesitz des Pfandgläubigers annehmen (die Sache ist zugänglich, wenn auch nur mit Hindernissen). Ist der Raum aber in der Wohnung des Dritten, so liegt m. E. Verwahrungsbesitz dieses Dritten und mittelbarer alleiniger Pfandbesitz des Pfandgläubigers vor. Das Gleiche darf aber nach Eck nicht gelten, wenn der Verpfänder selbst die Rolle dieses Drittes übernimmt. Es zeigt sich hier wieder die Rigorosität des Satzes: „Ohne Faust kein Pfand." Vielleicht kann man aber aus dem oben (S. 327 Anm. 3) angegebenen Gesichtspunkte über diese Schwierigkeit hinauskommen.

Treuhänder oder Pfandhalter für die beiden Beteiligten genügt, sodaß für diese die Verwahrung zur gesamten Hand stattfindet. Eine Steigerung[1]) dieses wichtigen Satzes enthält § 17 Nr. 1 des Einführungsgesetzes zur revidierten Konkursordnung, wonach landesrechtlich den Inhabern von Schuldverschreibungen einer Gemeinde, Korporation u. s. w. ein Faustpfandrecht an der Sache[2]) dadurch eingeräumt werden kann, daß ein Vertreter der sämtlichen Inhaber allein oder mit dem Aussteller zusammen die Ausübung des Gewahrsams erhält. Das ist nicht bloß für den Fall des Konkurses bestimmt, sondern Art. III des Einführungsgesetzes zu dem Gesetz betreffend Änderungen der Konkursordnung besagt ausdrücklich: „Die Vorschriften des § 17 des Gesetzes betreffend die Einführung der Konkursordnung finden auch außerhalb des Konkurses Anwendung." Auch bei der Konkurrenz von Gläubigern außerhalb des Konkurses ihres gemeinschaftlichen Schuldners ist also diese Möglichkeit, daß ein Vertreter aller Papierinhaber mit dem Aussteller der Schuldverschreibungen zusammen die Ausübung des Gewahrsams erhält, und dadurch Faustpfandrecht für den Gläubiger begründet, geltendes Recht.

b) Auch das zweite Erfordernis des § 1205, daß es der Eigentümer sein muß, der das Pfandrecht bestellt hat, oder die Sache dem Gläubiger übergibt, ist im § 1207 abgeschwächt. Es wird der Mangel des Eigentums gerade wie bei der Übereignung,[3]) so auch bei der Verpfändung durch den guten Glauben des Erwerbers ersetzt. Desgleichen geht nach § 1208 ein gutgläubig erworbenes Pfandrecht auch dem Recht eines Dritten vor, mit dem die Sache belastet ist, z. B. auch dem Pfandrecht eines Dritten, wenn nur eben in Bezug auf dieses schon begründete Pfandrecht der Erwerber des neuen im guten Glauben war. Hier soll das bisher bestehende Pfandrecht zwar nicht mehr erlöschen, aber doch zurücktreten, sobald jemand gutgläubig ein Pfandrecht erwirbt, ohne von dem bestehenden zu wissen. Natürlich gilt auch beim Pfandrechterwerb, gerade wie beim Eigentumserwerb die Ausnahme des § 935

[1]) Es ließe sich darüber streiten, ob eine derartige Steigerung nötig war und sich nicht schon aus den Vorschriften über mittelbaren Besitz durch Verwahrung ohne besondere Vorschrift würde haben folgern lassen.

[2]) § 17 spricht unter Nr 1 von einem Pfandrechte von den Forderungen, auf die sich die Urkunden beziehen. Nr. 2 enthält eine ähnliche Bestimmung über gewisse bewegliche Sachen, an denen ein Faustpfandrecht für Schuldverschreibungen in ähnlicher Weise bestellt werden soll.

[3]) oben S. 103 ff.

für die dem Eigentümer unfreiwillig entzogenen Sachen, seien sie gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen, und es gilt auch der Wegfall dieser Ausnahme bei Geld oder Inhaberpapieren. Das alles drückt § 1208 durch die Verweisung auf die §§ 932, 935 und 936 aus.[1])

Übrigens kann nicht bloß durch den guten Glauben des Erwerbers der Mangel des Eigentums auf seiten des Erstehers geheilt werden, sondern auch durch Konvaleszenz nach der allgemeinen Regel des § 185 im allgemeinen Teil, wonach eine durch den Nichtberechtigten getroffene Verfügung dadurch, daß er nachträglich das Verfügungsrecht erwirbt, oder der Eigentümer ihn beerbt, konvalesziert.

2. Durch den zweiten Entstehungsgrund, das Gesetz, und durch die Anwendungsfälle gesetzlicher Pfandrechte wird das preußische Recht einigermaßen erweitert. Es hat nicht bloß der Vermieter an der Sache des Mieters ein Pfandrecht und der Pächter an den Früchten des Pachtgrundstückes, sondern auch der Pächter an denin seinen Besitz gelangten landwirtschaftlichen Inventarstücken.[2]) Beim Werkvertrag hat der Unternehmer für seine Forderung ein Pfandrecht an der hergestellten oder ausgebesserten Sache des Bestellers. Dazu kommen noch die handelsrechtlichen Pfandrechte des Kommissionärs, Spediteurs u. s. w. Das revidierte Handelsgesetzbuch läßt das Pfandrecht für den Kommissionär gegenüber bisherigen Zweifeln sogar dann gelten, wenn der Kommissionär am Kommissionsgut Eigentum hat. § 398 lautet: „Der Kommissionär kann sich, auch wenn er Eigentümer des Kommissionsgutes ist, für seinen Anspruch nach Maßgabe der für das Pfandrecht geltenden Vorschriften aus dem Gute befriedigen." Er vereinigt also die beiden Rechte in einer Person.[3])

3. Der dritte Entstehungsgrund ist richterliche Verfügung, d. h. Verpfändung im Wege der Zwangsvollstreckung und des Arrestes.

---

[1]) Das Reichsgericht stellt fest, daß, wenn ein Verwahrer Holzschwellen widerrechtlich verpfändet, sie nicht im Sinne des § 935 als abhanden gekommen gelten, Entsch. Bd. 54 Nr. 21 S. 68 ff. In der Tat paßt hier der Satz: Hand muß Hand wahren.

[2]) Es wurde schon Bd. I S. 502 Anm. 2 erwähnt, daß hierin ein Ersatz für das in Rom übliche Eigentum des Pächters an den invecta et illata liegt.

[3]) Ob dies ein wahres Pfandrecht ist, kann bezweifelt werden. M. E. ist es nur eine ausnahmsweise gewährte Befreiung von einer Vertragspflicht aus dem Kommissionsvertrage, nämlich der Pflicht, die Sache nicht für sich zu verkaufen, sondern dem Kommittenten zu überliefern.

In allen diesen Fällen des Pfandrechtes ist die Entstehung, wie wir gesehen haben, an eine äußerliche Beziehung des Gläubigers zur Sache gebunden, an den Besitz oder doch an ein dem Besitz ähnliches Verhältnis, wie es selbst beim Vermieter oder Verpächter vorliegt. Dadurch ist die Erkennbarkeit des Pfandrechts gegeben.[1])

Dagegen ist nicht auch zum Fortbestehen des einmal entstandenen Pfandrechts die Fortdauer jener besitzartigen Beziehungen unerläßlich, denn das Pfandrecht erlischt zwar nach § 1253, wenn der Pfandgläubiger das Pfand zurückgibt, sodaß also das bekannte Manöver wirkungslos ist, daß der Verpfänder die Sache dem Gläubiger hingibt und dann sofort leihweise von ihm zurückempfängt. Sobald er sie zurückempfängt, ist das Pfandrecht erloschen. Aber unfreiwilliger Verlust jener körperlichen Beziehungen des Gläubigers zu der Pfandsache hebt das Pfandrecht nicht auf, auch nicht einmal mehr für den Fall des Konkurses. Daher stand bekanntlich in § 14 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung: „Ein Faustpfandrecht im Sinne des § 40 der Konkursordnung besteht an körperlichen Sachen nur, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt und *behalten* hat." Das ist bei der Revision durch Art. 2 des Einführungsgesetzes betreffend Änderungen der Konkursordnung vom 17. Mai 1898 gestrichen worden.[2]) Beispielsweise könnte nach künftigem Recht der Vermieter, wenn der Mieter mit den Möbeln nachts ausrückt, und dann in Konkurs verfällt, obwohl er den Gewahrsam nicht behalten hat, doch sein Pfandrecht noch im Konkurse des Mieters geltend machen.[3]) Das Gleiche gilt, wenn etwa ein Dritter dem Mieter die Sache gestohlen hätte und dann, nachdem über den Mieter der Konkurs eröffnet ist, die Sache zur Konkursmasse des Mieters zurückgebracht worden wäre. Das Pfandrecht ist nicht gebunden an die Fortdauer jenes Quasibesitzes[4]) an den Gegenständen.

Aus der gegenüber dem bisherigen Recht so erleichterten Entstehung und Fortdauer eines Pfandrechtes folgt, daß nun viel häufiger als bisher mehrere Pfandrechte gleichzeitig an derselben Sache bestehen

[1]) Vgl. dagegen das oben Gesagte, S. 324 Anm. 2.

[2]) Art. II Nr. 4 R.G.Bl. S. 249.

[3]) Damit ist ein gefährlicher Antrieb, solche Pfandstücke dem Gläubiger zu entziehen, weggefallen.

[4]) Dieser Ausdruck ist m. E. veraltet. Der Pfandbesitz ist wahrer Besitz, s. oben S. 6.

für die dem Eigentümer unfreiwillig entzogenen Sachen, seien sie gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen, und es gilt auch der Wegfall dieser Ausnahme bei Geld oder Inhaberpapieren. Das alles drückt § 1208 durch die Verweisung auf die §§ 932, 935 und 936 aus.[1])

Übrigens kann nicht bloß durch den guten Glauben des Erwerbers der Mangel des Eigentums auf seiten des Erstehers geheilt werden, sondern auch durch Konvaleszenz nach der allgemeinen Regel des § 185 im allgemeinen Teil, wonach eine durch den Nichtberechtigten getroffene Verfügung dadurch, daß er nachträglich das Verfügungsrecht erwirbt, oder der Eigentümer ihn beerbt, konvalesziert.

2. Durch den zweiten Entstehungsgrund, das Gesetz, und durch die Anwendungsfälle gesetzlicher Pfandrechte wird das preußische Recht einigermaßen erweitert. Es hat nicht bloß der Vermieter an der Sache des Mieters ein Pfandrecht und der Pächter an den Früchten des Pachtgrundstückes, sondern auch der Pächter an denin seinen Besitz gelangten landwirtschaftlichen Inventarstücken.[2]) Beim Werkvertrag hat der Unternehmer für seine Forderung ein Pfandrecht an der hergestellten oder ausgebesserten Sache des Bestellers. Dazu kommen noch die handelsrechtlichen Pfandrechte des Kommissionärs, Spediteurs u. s. w. Das revidierte Handelsgesetzbuch läßt das Pfandrecht für den Kommissionär gegenüber bisherigen Zweifeln sogar dann gelten, wenn der Kommissionär am Kommissionsgut Eigentum hat. § 398 lautet: „Der Kommissionär kann sich, auch wenn er Eigentümer des Kommissionsgutes ist, für seinen Anspruch nach Maßgabe der für das Pfandrecht geltenden Vorschriften aus dem Gute befriedigen." Er vereinigt also die beiden Rechte in einer Person.[3])

3. Der dritte Entstehungsgrund ist richterliche Verfügung, d. h. Verpfändung im Wege der Zwangsvollstreckung und des Arrestes.

---

[1]) Das Reichsgericht stellt fest, daß, wenn ein Verwahrer Holzschwellen widerrechtlich verpfändet, sie nicht im Sinne des § 935 als abhanden gekommen gelten. Entsch. Bd. 54 Nr. 21 S. 68 ff. In der Tat paßt hier der Satz: Hand muß Hand wahren.

[2]) Es wurde schon Bd. I S. 502 Anm. 2 erwähnt, daß hierin ein Ersatz für das in Rom übliche Eigentum des Pächters an den invecta et illata liegt.

[3]) Ob dies ein wahres Pfandrecht ist, kann bezweifelt werden. M. E. ist es nur eine ausnahmsweise gewährte Befreiung von einer Vertragspflicht aus dem Kommissionsvertrage, nämlich der Pflicht, die Sache nicht für sich zu verkaufen, sondern dem Kommittenten zu überliefern.

In allen diesen Fällen des Pfandrechtes ist die Entstehung, wie wir gesehen haben, an eine äußerliche Beziehung des Gläubigers zur Sache gebunden, an den Besitz oder doch an ein dem Besitz ähnliches Verhältnis, wie es selbst beim Vermieter oder Verpächter vorliegt. Dadurch ist die Erkennbarkeit des Pfandrechts gegeben.[1])

Dagegen ist nicht auch zum Fortbestehen des einmal entstandenen Pfandrechts die Fortdauer jener besitzartigen Beziehungen unerläßlich, denn das Pfandrecht erlischt zwar nach § 1253, wenn der Pfandgläubiger das Pfand zurückgibt, sodaß also das bekannte Manöver wirkungslos ist, daß der Verpfänder die Sache dem Gläubiger hingibt und dann sofort leihweise von ihm zurückempfängt. Sobald er sie zurückempfängt, ist das Pfandrecht erloschen. Aber unfreiwilliger Verlust jener körperlichen Beziehungen des Gläubigers zu der Pfandsache hebt das Pfandrecht nicht auf, auch nicht einmal mehr für den Fall des Konkurses. Daher stand bekanntlich in § 14 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung: „Ein Faustpfandrecht im Sinne des § 40 der Konkursordnung besteht an körperlichen Sachen nur, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sache erlangt und *behalten* hat." Das ist bei der Revision durch Art. 2 des Einführungsgesetzes betreffend Änderungen der Konkursordnung vom 17. Mai 1898 gestrichen worden.[2]) Beispielsweise könnte nach künftigem Recht der Vermieter, wenn der Mieter mit den Möbeln nachts ausrückt, und dann in Konkurs verfällt, obwohl er den Gewahrsam nicht behalten hat, doch sein Pfandrecht noch im Konkurse des Mieters geltend machen.[3]) Das Gleiche gilt, wenn etwa ein Dritter dem Mieter die Sache gestohlen hätte und dann, nachdem über den Mieter der Konkurs eröffnet ist, die Sache zur Konkursmasse des Mieters zurückgebracht worden wäre. Das Pfandrecht ist nicht gebunden an die Fortdauer jenes Quasibesitzes[4]) an den Gegenständen.

Aus der gegenüber dem bisherigen Recht so erleichterten Entstehung und Fortdauer eines Pfandrechtes folgt, daß nun viel häufiger als bisher mehrere Pfandrechte gleichzeitig an derselben Sache bestehen

[1]) Vgl. dagegen das oben Gesagte, S. 324 Anm. 2.

[2]) Art. II Nr. 4 R.G.Bl. S. 249.

[3]) Damit ist ein gefährlicher Antrieb, solche Pfandstücke dem Gläubiger zu entziehen, weggefallen.

[4]) Dieser Ausdruck ist m. E. veraltet. Der Pfandbesitz ist wahrer Besitz, s. oben S. 6.

können, nicht bloß, woran man zunächst denkt, bei sukzessiver Pfändung einer Sache für mehrere Gläubiger, sondern auch, wenn der mittelbare Besitzer eine schon verpfändete Sache von neuem verpfändet. Wenn ich die Papiere, die in meinem Depot beim Bankier lagern und ihm als Pfand verhaftet sind, noch einmal verpfände, so haben wir zwei Pfandrechte, das eine für den Bankier und das andere für den neuen Pfandnehmer, dem ich meinen mittelbaren Besitz abtrete. Man denke weiter, daß der Pfandhalter ungetreuerweise die Sache für eine eigene Schuld an einen Dritten verpfändet. Dann haben wir das Pfandrecht desjenigen, für den er die verpfändete Sache bewahren sollte, und zugleich auch das Pfandrecht des Dritten, an den der Pfandhalter den Gegenstand verpfändet hat u. s. w.[1]) Ebenso steht es, wenn etwa ein verpfändetes Inhaberpapier dem Pfandbesitzer gestohlen ist und dann vom Diebe an einen redlichen Dritten weiter verpfändet ist.[2]) In allen diesen Fällen liegt eine Konkurrenz von Pfandrechten vor.[3]) Über den Rang in diesem Falle der Konkurrenz mehrerer Pfandrechte trifft merkwürdigerweise das B.G.B. keine direkte Bestimmung, enthält also auch nicht den Satz prior tempore potior jure. Eine mittelbare Bestimmung kann man nur allenfalls im § 1209 in einem Wörtchen finden. „Für den Rang des Pfandrechts ist die Zeit der Bestellung *auch* dann maßgebend, wenn es für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt ist." Also muß die Zeit der Bestellung überhaupt maßgebend sein. Hier hat sich das B.G.B. in der Tat einer merkwürdigen Sparsamkeit mit Worten schuldig gemacht.

Möglich ist weiter auch eine gleichzeitige Entstehung mehrerer Pfandrechte durch gleichzeitige Übertragung des mittelbaren Besitzes an mehrere und gleichzeitige Anzeige. Ich kann meine beim Bankier lagernden Wertpapiere gleichzeitig zwei Leuten brieflich verpfänden und gleichzeitig dem Bankier in Bezug auf beide Anzeige machen. Dann entstehen zwei gleichberechtigte Pfandrechte. Darüber, wie sie sich zu einander verhalten, fehlt im B.G.B. wiederum jede Be-

[1]) Eck will hiermit nur sagen, daß wir hier zwei Pfandrechte haben, deren Bestehen man in Frage ziehen kann. Er will aber offenbar nicht bestreiten, daß in diesem Falle nur ein Pfandrecht besteht, nämlich bei Unredlichkeit des Dritten nur das früher begründete, bei Redlichkeit des Dritten nur das spätere. Letzteres ist namentlich weiter unten im Texte anerkannt.

[2]) Auch von diesem Beispiele gilt das in der vorigen Anmerkung Gesagte.

[3]) D. h. mindestens eine scheinbare, s. die beiden vorhergehenden Anmerkungen.

stimmung. Man wird wohl sagen müssen, daß sich dann die beiden Gläubiger pro rata ihrer Forderungen an das Pfand halten können.[1]) Wenn die Forderung des einen doppelt so groß ist, wie die des andern, wird er auch vom Wert des Pfandstückes zwei Drittel in Anspruch nehmen können und der andere nur ein Drittel.

Endlich gibt es auch Fälle, wo das jüngere Pfandrecht dem älteren vorgeht oder über das ältere hinwegspringt. Das ist namentlich möglich, wie schon angedeutet wurde, nach § 1208 vermöge der bona fides eines Pfandrechtserwerbers. Wenn z. B. der Pfandhalter die ihm anvertraute Sache für eine eigene Schuld einem Dritten verpfändet, so würde der Dritte, wenn er in gutem Glauben das Pfandrecht erwirbt, auch dem älteren Pfandrecht vorgehen, welches zu Gunsten des Gläubigers, der den Pfandhalter bestellt hatte, begründet war. Ein weiterer Anwendungsfall ist, daß das Absonderungsrecht, welches nach der Konkursordnung bekanntlich die Reichskasse, die Staatskasse und die Kommunalkasse wegen öffentlicher Abgaben an den in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen haben, nach § 49 Abs. 2 der revidierten Konkursordnung sogar ein privilegiertes ist, das allen anderen Absonderungsrechten vorgeht.

Zum Überfluß fügt das Einführungsgesetz zur Konkursnovelle noch hinzu, daß es auch außerhalb des Konkurses gelte. Beides war freilich in Preußen schon jetzt durch das Ausführungsgesetz zur Konkursordnung bestimmt, aber als Reichsrecht ist diese Ausdehnung neu. Auch wenn also dieses Absonderungsrecht der Staatskasse, Kommunalkasse u. s. w. später erworben ist als ein anderes Pfandrecht, so springt es doch über dieses hinweg.

Damit ist ein privilegiertes Pfandrecht geschaffen von einer solchen Intensität, wie sie nur dem privilegierten Pfandrecht des römischen Fiskus eigen war, der einem älteren Pfandrechte in noch weiterem Umfang vorging als das hier zu Gunsten der Reichskasse neu anerkannt ist.

Was weiter den Umfang des Pfandrechts zunächst hinsichtlich der versicherten Forderung betrifft, so haftet die Pfandsache für die Forderung in ihrem jeweiligen Bestand (§ 1210), also auch für Erweiterungen durch Zinsen, Schadensersatzpflicht und Konventionalstrafen, während, wie erinnerlich, bei der Hypothek für Vertragszinsen und Vertrags-

[1]) Es ist dies ein Seitenstück des Eigentumerwerbes durch Vermischung.

strafen eine Haftung nur eintrat, wenn auch eine Eintragung in diesem Sinne bewirkt war.[1])

Wenn aber der Pfandeigentümer von dem persönlichen Schuldner verschieden ist, so kann natürlich dieser letztere durch nachträgliche Rechtsgeschäfte die Haftung des Pfandstückes nicht erweitern (§ 1210). Andererseits hat aber der Verpfänder, der nicht persönlicher Schuldner ist, wegen der akzessorischen Qualität seiner Haftung auch die Einreden des persönlichen Schuldners (§ 1211). Ja, der Verpfänder hat auch die dilatorische Einrede, die § 770 dem Bürgen gibt. Er kann z. B. dem Gläubiger die Zahlung verweigern, solange der Schuldner die Schuld anfechten könnte, und weiter auch, solange der Gläubiger sich durch Kompensationen seiner Forderung gegen eine Forderung des Schuldners befreien könnte.

Die Sache, die verpfändet wird, kann auch eine zukünftige sein, z. B. unabgetrennte Früchte. Dann entsteht das Pfandrecht erst mit der Abtrennung der Früchte. So paradox es klingt, ist Besitz doch auch an diesen zukünftigen Sachen möglich. § 865 sagt ja: „Die Vorschriften über den Besitz gelten auch zu Gunsten desjenigen, welcher nur einen Teil einer Sache, insbesondere abgesonderte Wohnräume oder andere Räume besitzt." Ein Teil des Grundstückes sind ja auch hängende Früchte, und auch an diesem Teil ist Besitz möglich. So kann dem Pfandgläubiger zwar nicht ein gegenwärtiges Pfandrecht, aber doch Besitz an dem künftigen Pfandstück schon jetzt eingeräumt werden.[2])

Ob mit der Sache auch das Zubehör haftet, ist im B.G.B. nicht ausdrücklich bestimmt. Indessen kann nach § 314 der Pfandgläubiger die Mitübergabe des Zubehörs verlangen. Wenn er das aber verlangen kann und ihm das Zubehör mit übergeben wird, ist natürlich auch Mithaftung des Zubehörs mitanzunehmen. Wenn z. B., wie Dernburg[3]) ganz richtig exemplifiziert, ein Schmuckkästchen verpfändet

[1]) Diese Verschiedenheit beruht auf einer erhöhten Gunst, die die Gesetzgebung heutzutage der Zuverlässigkeit des Immobiliarkredits gegenüber der Fahrnisverpfändung erweist. Man hält daher das Grundbuchblatt von nichterkennbaren Belastungen möglichst frei.

[2]) Das paßt z. B. nicht auf Früchte einer Tierherde, wenigstens ist dies zweifelhaft. Hinsichtlich solcher Früchte hat sich das Gesetzbuch in § 1212 einfach von der verhängnisvollen Regel: „Ohne Faust kein Pfand" frei gemacht.

[3]) Bürg. R. Bd. III § 267, 7 S. 748.

ist, aber dem Gläubiger der Schlüssel dazu nicht mit übergeben worden ist, so kann er den Schlüssel herausverlangen. Der Schlüssel wird dann ebenfalls Pfandstück werden.

Weiter sollen mit der Pfandsache auch Erzeugnisse haften (§ 1212). Da nach den Anschauungen des B.G.B. Erzeugnisse nichts anderes sind als abtrennbares Eigentum, so bleiben sie mit ihrer Trennung von der Muttersache dem Pfandrecht, das bisher an dem Ganzen bestand, unterworfen.

Die Früchte von Pfandstücken darf der Gläubiger im Zweifel dann, aber auch nur dann, ziehen, wenn er eine von Natur fruchttragende Sache zum Alleinbesitz erhalten hat (§ 1213 Abs. 2), also etwa eine Kuh, die gemolken werden, ein Schaf, das geschoren werden muß u. s. w. Dagegen ein weiter gehendes Recht, Nutzungen über den Kreis der natürlichen Früchte hinaus zu ziehen, kann er nur durch besondere Vereinbarung bekommen (§ 1213 Abs. 1). Sowie er aber ein solches Nutzungsrecht hat, wird er nach dem über den Fruchterwerb früher erörterten[1]) mit der Trennung ohne weiteres auch Eigentümer der Früchte und der Nutzungen (§ 954). Er ist dann auch verpflichtet, für die Gewinnung der Nutzungen zu sorgen und dem Verpfänder Rechnung zu legen (§ 1214). Er zieht also Früchte auf Rechnung dieses letzteren. Der Reinertrag ist zunächst auf die Kosten und Zinsen abzurechnen und dann auf das geschuldete Kapital. Abweichende Bestimmungen sind zulässig (§ 1214 Abs. 3). Dabei ist hauptsächlich an die Antichrese gedacht, den Gegennutzungsvertrag, nach dem der Gläubiger statt der Nutzungen die Zinsen ziehen soll, natürlich, soweit damit nicht gegen die Wucherbestimmungen verstoßen wird (§ 138 Abs. 2).

Merkwürdigerweise fehlt der bekannte Satz des römischen und preußischen Rechts, daß die Haftung des Pfandstücks eine ungeteilte ist: pignoris causa indivisa est. Das Pfandstück haftet ganz für jeden Teil der Forderung. Man wird ihn wohl aus § 1222 entnehmen müssen. „Besteht das Pfandrecht an mehreren Sachen, so haftet jede für die ganze Forderung." Das muß erst recht gelten, wenn eine einzige Sache verpfändet ist, auch wenn die Forderung auf die Hälfte, ein Viertel oder Zehntel reduziert werden sollte.

Endlich hat zur Geltendmachung des Pfandrechts der Gläubiger

[1]) Oben Bd. II S. 137 ff.

Ansprüche, die ganz den Eigentümeransprüchen entsprechen (§ 1227).[1]) Das ist sehr lakonisch ausgedrückt und doch von ganz außerordentlicher Tragweite. Er hat also die vindicatio pignoris und die actio hypothecaria gegen den Besitzer auf Herausgabe nach den Vorschriften des § 1006. Dabei gilt zunächst die Präsumtion pro possessore. Ist der Verklagte im Pfandbesitz, so muß der Kläger erst diese Vermutung für das Pfandrecht des Beklagten entkräften. Dann aber kann er sich auf die Vermutung aus seinem früheren Pfandbesitz berufen und damit durchdringen.

Nicht aber bloß die Eigentümerklage aus § 1006, sondern auch die aus bloßem älteren Pfandbesitz aus § 1007 soll ebenso Anwendung finden (§ 1227). Zu beweisen hat der frühere Pfandbesitzer als Kläger daher nur entweder bösgläubigen Besitz des Beklagten oder den unfreiwilligen Verlust seines eignen früheren Besitzes.

Endlich gelten auch all die Regeln über die Haftung des Besitzers, für Verschlechterung der Sache, für gezogene Früchte und über Gegenansprüche wegen Verwendungen. Diese Ansprüche hat nicht bloß der vorgehende Pfandgläubiger, sondern auch der nachstehende. Das ist zwar nirgends gesagt, folgt aber daraus, daß es nicht verneint ist.

Natürlich kann der vorstehende Pfandgläubiger mit der Einrede seines besseren Rechtes den nachstehenden Pfandgläubiger zurückschlagen. Das sagt ausdrücklich § 1232. „Der Pfandgläubiger ist nicht verpflichtet, dem ihm im Range nachstehenden Pfandgläubiger das Pfand zum Zwecke des Verkaufs herauszugeben." Es würde sich das auch aus allgemeinen Prinzipien deduzieren lassen.[2])

Der wichtigste Punkt ist der Inhalt des Pfandrechts, der beim vertragsmäßigen Pfandrecht im wesentlichen kein anderer ist als beim gesetzlichen. Denn § 1257 sagt etwas lakonisch: „Die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht finden auf ein kraft Gesetzes entstehendes Pfandrecht entsprechende Anwendung." § 804

[1]) Vgl. jetzt: Die Pfandansprüche nach § 1227 von Dr. Erwin Schultz, viertes Heft der Rostocker rechtswissenschaftlichen Studien. 1903.

[2]) Denkbar wäre auch die Analogie des Hypothekenrechts, nach dem auch der zweite Grundpfandgläubiger gegenüber dem ersten den Pfandverkauf verlangen kann, falls das geringste Gebot ihm zugute kommt. In der Ablehnung dieses Rechtsgrundsatzes für Fahrnispfänder zeigt sich wiederum die erhöhte Bedeutung, die das B.G.B. dem Grundstücks-Realkredit gegenüber den beweglichen Pfändern zuspricht.

der revidierten C.P.O. verweist auch hier wieder auf das vertragsmäßige Pfandrecht, indem der Inhalt eines Pfändungspfandrechts bestimmt wird.

Im wesentlichen besteht der Inhalt des Pfandrechts in dem Recht, die Sache zu verkaufen. § 1228 Absatz 1 lautet: „Die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Pfande erfolgt durch Verkauf." Das soll zwingendes Recht sein. Das Pfandrecht kann also nicht durch Vertrag der Parteien auf die bloße Nutzung[1]) der Sache beschränkt werden, was nach preußischem Recht zulässig war, sondern ein solches pactum de non distrahendo, solche vertragsmäßige Ausschließung des Verkaufsrechts, kann nicht die Wirkung haben, daß der Gläubiger sich etwa nur an die Nutzungen halten dürfte, „und dabei dinglich geschützt wäre".[2])

Welche Wirkung nun dieses pactum de non distrahendo überhaupt habe, sagt das B.G.B nicht. Nach Dernburg[3]) ist es null und nichtig. Also kann der Gläubiger trotzdem verkaufen.[4]) Nach Biermann[5]) dagegen ist eine solche Abrede giltig und setzt das Pfandrecht zu einem bloßen Zurückbehaltungsrecht herunter, entzieht ihm also den wesentlichen Inhalt eines Pfandrechts.[6]) Ich halte die Auffassung Dernburgs für richtiger; denn das B.G.B. wollte gegenüber dem pactum de non distrahendo das Recht des Gläubigers stärker gestalten als das Pr.A.L. und nicht schwächer, wie es nach Biermann der Fall sein würde.[7])

[1]) oder die bloße Vorenthaltung. [2]) Eingeschoben.

[3]) Bürg. R. Bd. III § 270, 1 S. 754, 3. Aufl. S. 798, vgl. aber auch § 267, 1 S. 747 (bezw. 790).

[4]) Bei unveräußerlichen Sachen (Pässen, Orden u. dgl.) nimmt auch Dernburg a. a. O. S. 747 (790) nicht ein nichtiges Geschäft, sondern Einräumung eines Zurückbehaltungsrechts an. Wenn dies aber überhaupt möglich ist, so ist nicht recht einzusehen, warum die gleiche Abrede nicht gelten soll, wenn die Parteien sie bei solchen Sachen treffen, die ihrer Natur nach veräußerlich sind. Welches öffentliche Interesse sollte dem wohl im Wege stehen?

[5]) Zu § 1204 Anm. 5, der jedoch bei genauerer Betrachtung mit Dernburg übereinstimmt, vgl. bei ihm die schwankende Praxis.

[6]) Könnte man nicht an eine mit der Hauptleistung ungleichartige Draufgabe denken? (§ 336). Dies käme im Ergebnisse auf Biermanns Ansicht hinaus, vgl. über das Verhältnis von pignus und Draufgabe des Herausgebers Artikel arrha bei Pauly-Wissona, Real-Encyklopädie der klassischen Altertumswissenschaft.

[7]) Eine solche Schwächung liegt allerdings auch darin, daß der Lage des Gläubigers bei dem verworfenen pactum nach der in der vorigen Anmerkung ver-

Auch die lex commissoria ist nichtig, sofern sie vor Eintritt der Verkaufsberechtigung vereinbart wurde (§ 1229). Dieser Paragraph geht noch sehr erheblich über das gemeine und preußische Recht hinaus. „Eine vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig". Dieser Wortlaut umfaßt nicht nur die Vereinbarung, welche man bisher lex commissoria nannte, daß die Sache an stelle der Forderung in Bausch und Bogen dem Gläubiger zu Eigentum zufallen und die Forderung damit getilgt sein soll, sondern auch die andere Vereinbarung, daß die Sache zu einem Preis, der, unabhängig von der Höhe der Forderung, erst am Verfalltage zu ermitteln ist, z. B. zum Börsen- oder Marktpreis des Verfalltages, dem Gläubiger verkauft sein und der Preis dann auf die Forderung aufgerechnet werden soll. § 1229 redet ja mit keinem Wort davon, daß nur die Vereinbarung, nach der an stelle der Forderung dem Gläubiger das Eigentum des Pfandstückes zufallen soll, null und nichtig sei, sondern er läßt die Worte „an stelle der Forderung" einfach weg. Hiernach ist unzweifelhaft null und nichtig die Abrede, daß 1000 Mark preußischer Konsols verpfändet seien und am Verfalltage zum Kurswert in das Eigentum des Gläubigers übergehen sollen, falls der Schuldner nicht zahlt. Fragt man, warum das in aller Welt bestimmt sei, so geben die Motive[1]) eine merkwürdige Rechtfertigung, die erkennen läßt, daß dies Ergebnis auch wirklich gewollt war. Eine lex commissoria dieses Inhalts, daß der Preis am Verfalltage ermittelt werden soll u. s. w. und der Gegenstand des Pfandrechtes dem Gläubiger als Eigentum überlassen werden soll, habe allerdings regelmäßig einen minder bedrohlichen Charakter, immerhin bleibe eine solche Bindung des Eigentümers gefährlich und sei geeignet, unlauteren Spekulationen desselben Vorschub zu leisten. Ich bekenne, das nicht verstanden zu haben. Wieso diese Verabredungen, daß der Pfandgläubiger am Verfallstage Eigentümer der 10000 Mark Konsols zu ihrem Kurswerte werden solle, wenn der Schuldner nicht zahle, unlauteren Spekulationen des Eigentümers Vorschub leisten soll, ist nicht

tretenen Ansicht der dingliche Rechtsschutz fehlen muß, wie jeder Hingabe einer arra. Es ist aber m. E. keineswegs sicher, daß das Gesetzbuch in solchem Falle die Lage des Gläubigers um jeden Preis ersticken will.

[1]) Bd. III S. 821 Nr. 3; Biermann, Anm. 1 zu § 1229.

einzusehen. Vielleicht war an unlautere Spekulationen des Gläubigers gedacht, aber auch das ist nicht einzusehen. Wie soll der Gläubiger unlauter spekulieren, wenn er die preußischen Konsols zum Kurswert am Verfalltage übernehmen darf? M. E. geht diese Bestimmung des § 1229 viel zu weit.[1]) Hiernach kann sich der Gläubiger die Konsols nicht aneignen; und wenn er im Vertrauen auf die getroffene Abrede sie etwa an einen Dritten verschenkt oder verpfändet hat, kann er vom Staatsanwalt wegen Unterschlagung belangt werden.[2]) Er muß also nach Eintritt seiner Verkaufsberechtigung den Verpfänder zu einem neuen Überlassungsvertrag bestimmen; auf den alten vor Eintritt der Verkaufsberechtigung darf er sich nicht berufen. Willigt der Verpfänder nicht ein, so muß der Gläubiger die Konsols zum Verkauf bringen, wobei natürlich Zeit, Provisionen, Stempel verloren gehen. Aber lex ita scripta est.

Wenn der Gläubiger unter keinen Umständen das Pfandstück zum Eigentum bekommen darf, wie dann, wenn Geld verpfändet ist, etwa eine Rolle mit 20-Markstücken und der Schuldner am Verfalltage nicht zahlt, nachdem verabredet war, daß der Gläubiger sie dann behalten wolle? Das ist null und nichtig. Also muß er die Rolle mit 20-Markstücken zum Verkauf bringen. Dies kann aber dem Willen der Parteien widersprechen, die einen Aufrechnungsvertrag beabsichtigt hatten, wonach der Gläubiger berechtigt sein sollte, diese Geldrolle gegen Aufrechnung seiner Forderung zu behalten. Dieser Fall zeigt am deutlichsten, wie sehr eine Überspannung im § 1229 liegt.[3])

Die Voraussetzungen des Verkaufs sind nach § 1228 Abs. 2 viel weniger streng bestimmt, als nach Pr.A.L., vielmehr dem römischen

[1]) Dem ist m. E. unbedingt beizutreten.

[2]) Sofern ihn nicht etwa ein glaubhafter Civilrechtsirrtum von der Annahme eines strafbaren Vorsatzes befreit.

[3]) Man wird vielleicht in diesem Falle eine ungleichartige (vgl. Biermann, Anm. 2 zu § 1229) Draufgabe (Rolle gegen bares Geld) sehen dürfen, mit der Verabredung einer brevi manu traditio für den Fall des Ausbleibens einer anderen Befriedigung des Gläubigers. Bei der arra ist nämlich die lex commissoria nicht verboten. Mit der Annahme eines Pfandes, dem ein Abrechnungsvertrag beigefügt ist (Biermann, Anm. 2 zu § 1229, woselbst sich anderweitige Literatur findet), ist hier nicht geholfen; denn dieser Abrechnungsvertrag wäre eine verbotene lex commissoria. Der unpassende Name des Geschäfts als Verpfändung, den ihm die Parteien gegeben haben, hindert seine Konversion in eine Draufgabe nach § 140 nicht. Daß der Pfandgläubiger sich aus dem Gelde befriedigen könne, hält Dernburg, Bürg. R. III § 267 S. 747 (3. Aufl. S. 791) Anm. 2 für selbstverständlich.

Recht genähert. Es ist nicht, wie nach römischem Recht, ein vollstreckbarer Titel erfordert, ja nicht einmal Verzug des Schuldners, wie nach dem bisherigen Handelsgesetzbuche, sondern nur, daß die versicherte Forderung fällig ist, sei es ganz, sei es nur zum Teil und daß sie auf Geld geht. War sie nicht auf Geld gerichtet, so muß der Gläubiger erst suchen, sie in eine Geldforderung zu verwandeln, damit er zum Verkauf schreiten kann. Das kann freilich in der Praxis sehr hemmend sein. Wenn ich z. B. jemandem ein seltenes und wertvolles Buch verliehen habe, und dafür mir ein Pfand habe bestellen lassen, so geht meine Forderung nicht auf Geld. Wenn ich das Buch nicht zurückerhalte, so kann ich mich nicht ohne weiteres aus dem Pfandstücke befriedigen, sondern muß erst aus meiner Forderung auf Rückgabe des verliehenen Buches eine Geldforderung machen. Dann helfen die oben erörterten Paragraphen[1]) einigermaßen nach, wonach, wenn jemand rechtskräftig verurteilt ist, der Gläubiger ihm eine Frist zur Bewirkung der Leistung bestimmen kann, mit der Erklärung, daß nach fruchtlosem Verlauf dieser Frist er nicht Leistung, sondern nur Geld annehmen werde (§ 283).

Ist der Gläubiger nicht im Alleinbesitz der Sache, sondern ist die Sache nur unter seinem Mitverschlusse, so kann er Einräumung des Alleinbesitzes verlangen, um zum Verkauf schreiten zu können (§ 1231) oder um sich sonst zu befriedigen. Wenn der Verpfänder das nicht will, kann der Pfandgläubiger wenigstens Ablieferung an einen dritten Verwahrer verlangen. Dagegen ist ein eigenmächtiger Zugriff, um die Sache an sich zu bringen, etwa des Vermieters auf die Sache des Mieters, nicht gestattet, sondern nur ein Anspruch auf Einräumung des Alleinbesitzes.[2])

Hier drängt sich die Frage auf, ob auch nachstehende Pfandgläubiger das Verkaufsrecht haben, welches das römische Recht ihnen bekanntlich abspricht. Es wird das zu bejahen sein. Es ist dies aus § 1232 indirekt zu schließen. Freilich braucht der vorgehende Pfandgläubiger, wenn er im Besitze ist, das Pfandstück nicht herauszugeben. Also braucht der Bankier, bei dem ich ein Depot habe, das ihm als Unterlage für seine Ansprüche an mich dient, wenn ich das Depot an

[1]) Bd. 1 S. 215.

[2]) Darunter kann nach dem oben (S. 327 Anm. 2, 328 Anm. 1 u. 3) Ausgeführten auch ein Anspruch auf Herausgabe eines unmittelbaren Besitzes fallen, der hier ausnahmsweise als Mitbesitz bezeichnet wird.

einen andern verpfändet habe, der als zweiter Pfandgläubiger sein Pfandrecht geltend macht, das Depot nicht herauszugeben. Dadurch kann freilich für einen nachstehenden Pfandgläubiger der Verkauf tatsächlich unausführbar werden. Hat aber der Nachstehende das Pfandstück in Händen, so kann der Vergebende dem Verkauf nicht widersprechen.[1])

Außerdem ist, wenn der zweite Pfandgläubiger zum Verkauf schreitet, nicht etwa hier ein geringstes Gebot vorgeschrieben. Die praktische Folge ist, daß der nachstehende Pfandgläubiger, wenn das Pfandstück nicht im Besitze des Vorgehenden ist, die Sache zum Verkauf bringen kann mit dem Erfolge, daß er selber zwar keine Befriedigung bekommt, aber auch der Vorstehende zum Teil ausfällt. Das Resultat, welches man bei der Zwangsversteigerung hat vermeiden wollen, ist hier beim Mobiliarpfandrecht nicht ebenso vermieden.[2])

Die Form des Pfandverkaufs ist wiederum nicht, wie nach dem Pr.A.L. eine gerichtliche, sondern wie nach römischem Recht und nach dem Handelsgesetzbuche außergerichtlich. Nur darf der Verkauf nicht aus freier Hand stattfinden, sondern nur mittels öffentlicher Versteigerung. Bloß bei Pfandsachen, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, kann der Verkauf sogar ohne Versteigerung durch einen Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirkt werden.

Vor oder bei dem Verkauf sind eine Reihe von Modalitäten zu beachten. In den §§ 1234—1241 sind folgende Ordnungsvorschriften enthalten. Der Pfandverkauf ist vorher dem Eigentümer anzudrohen

[1]) Dies halte ich nicht für richtig. M. E. darf der vorstehende Pfandgläubiger dem nachstehenden die Sache entreißen. Folglich darf dieser sie nicht durch Pfandverkauf beiseite schaffen. Sonst würde das Gesetz eine Rechtswidrigkeit mit einem Gewinn ausstatten. Ecks Annahme, daß das Verkaufsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers selbstverständlich sei, wird m. E. nicht der tiefen Kluft gerecht, die zwischen Grundstückspfändern und beweglichen Pfandstücken besteht, s. oben S. 321 Anm. 3. Allerdings spricht für Eck der Wortlaut des Gesetzes, wie auch Biermann zu § 1232 bemerkt: „An sich haben alle Pfandgläubiger, da sie eben ein Pfandrecht haben, das Recht, sich aus der Sache durch Verkauf zu befriedigen." „An sich" bedeutet hier: soweit nicht § 1232 im Wege steht. Da aber diese Vorschrift dem nachstehenden Pfandgläubiger das Verkaufsrecht entzieht, wenn der vorstehende das Pfand besitzt, so ist nicht anzunehmen, warum er es dadurch erhalten soll, daß ein ihm günstiger und dem vorgehenden Gläubiger ungünstiger Zufall den Besitz der Sache in seine Hände hinüberspielt.

[2]) Vgl. dagegen die vorige Anmerkung.

Recht genähert. Es ist nicht, wie nach römischem Recht, ein vollstreckbarer Titel erfordert, ja nicht einmal Verzug des Schuldners, wie nach dem bisherigen Handelsgesetzbuche, sondern nur, daß die versicherte Forderung fällig ist, sei es ganz, sei es nur zum Teil und daß sie auf Geld geht. War sie nicht auf Geld gerichtet, so muß der Gläubiger erst suchen, sie in eine Geldforderung zu verwandeln, damit er zum Verkauf schreiten kann. Das kann freilich in der Praxis sehr hemmend sein. Wenn ich z. B. jemandem ein seltenes und wertvolles Buch verliehen habe, und dafür mir ein Pfand habe bestellen lassen, so geht meine Forderung nicht auf Geld. Wenn ich das Buch nicht zurückerhalte, so kann ich mich nicht ohne weiteres aus dem Pfandstücke befriedigen, sondern muß erst aus meiner Forderung auf Rückgabe des verliehenen Buches eine Geldforderung machen. Dann helfen die oben erörterten Paragraphen[1]) einigermaßen nach, wonach, wenn jemand rechtskräftig verurteilt ist, der Gläubiger ihm eine Frist zur Bewirkung der Leistung bestimmen kann, mit der Erklärung, daß nach fruchtlosem Verlauf dieser Frist er nicht Leistung, sondern nur Geld annehmen werde (§ 283).

Ist der Gläubiger nicht im Alleinbesitz der Sache, sondern ist die Sache nur unter seinem Mitverschlusse, so kann er Einräumung des Alleinbesitzes verlangen, um zum Verkauf schreiten zu können (§ 1231) oder um sich sonst zu befriedigen. Wenn der Verpfänder das nicht will, kann der Pfandgläubiger wenigstens Ablieferung an einen dritten Verwahrer verlangen. Dagegen ist ein eigenmächtiger Zugriff, um die Sache an sich zu bringen, etwa des Vermieters auf die Sache des Mieters, nicht gestattet, sondern nur ein Anspruch auf Einräumung des Alleinbesitzes.[2])

Hier drängt sich die Frage auf, ob auch nachstehende Pfandgläubiger das Verkaufsrecht haben, welches das römische Recht ihnen bekanntlich abspricht. Es wird das zu bejahen sein. Es ist dies aus § 1232 indirekt zu schließen. Freilich braucht der vorgehende Pfandgläubiger, wenn er im Besitze ist, das Pfandstück nicht herauszugeben. Also braucht der Bankier, bei dem ich ein Depot habe, das ihm als Unterlage für seine Ansprüche an mich dient, wenn ich das Depot an

[1]) Bd. 1 S. 215.

[2]) Darunter kann nach dem oben (S. 327 Anm. 2, 328 Anm. 1 u. 3) Ausgeführten auch ein Anspruch auf Herausgabe eines unmittelbaren Besitzes fallen, der hier ausnahmsweise als Mitbesitz bezeichnet wird.

einen andern verpfändet habe, der als zweiter Pfandgläubiger sein Pfandrecht geltend macht, das Depot nicht herauszugeben. Dadurch kann freilich für einen nachstehenden Pfandgläubiger der Verkauf tatsächlich unausführbar werden. Hat aber der Nachstehende das Pfandstück in Händen, so kann der Vergebende dem Verkauf nicht widersprechen.[1])

Außerdem ist, wenn der zweite Pfandgläubiger zum Verkauf schreitet, nicht etwa hier ein geringstes Gebot vorgeschrieben. Die praktische Folge ist, daß der nachstehende Pfandgläubiger, wenn das Pfandstück nicht im Besitze des Vorgehenden ist, die Sache zum Verkauf bringen kann mit dem Erfolge, daß er selber zwar keine Befriedigung bekommt, aber auch der Vorstehende zum Teil ausfällt. Das Resultat, welches man bei der Zwangsversteigerung hat vermeiden wollen, ist hier beim Mobiliarpfandrecht nicht ebenso vermieden.[2])

Die Form des Pfandverkaufs ist wiederum nicht, wie nach dem Pr.A.L. eine gerichtliche, sondern wie nach römischem Recht und nach dem Handelsgesetzbuche außergerichtlich. Nur darf der Verkauf nicht aus freier Hand stattfinden, sondern nur mittels öffentlicher Versteigerung. Bloß bei Pfandsachen, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, kann der Verkauf sogar ohne Versteigerung durch einen Handelsmäkler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirkt werden.

Vor oder bei dem Verkauf sind eine Reihe von Modalitäten zu beachten. In den §§ 1234—1241 sind folgende Ordnungsvorschriften enthalten. Der Pfandverkauf ist vorher dem Eigentümer anzudrohen

[1]) Dies halte ich nicht für richtig. M. E. darf der vorstehende Pfandgläubiger dem nachstehenden die Sache entreißen. Folglich darf dieser sie nicht durch Pfandverkauf beiseite schaffen. Sonst würde das Gesetz eine Rechtswidrigkeit mit einem Gewinn ausstatten. Ecks Annahme, daß das Verkaufsrecht des nachstehenden Pfandgläubigers selbstverständlich sei, wird m. E. nicht der tiefen Kluft gerecht, die zwischen Grundstückspfändern und beweglichen Pfandstücken besteht, s. oben S. 321 Anm. 3. Allerdings spricht für Eck der Wortlaut des Gesetzes, wie auch Biermann zu § 1232 bemerkt: „An sich haben alle Pfandgläubiger, da sie eben ein Pfandrecht haben, das Recht, sich aus der Sache durch Verkauf zu befriedigen." „An sich" bedeutet hier: soweit nicht § 1232 im Wege steht. Da aber diese Vorschrift dem nachstehenden Pfandgläubiger das Verkaufsrecht entzieht, wenn der vorstehende das Pfand besitzt, so ist nicht anzunehmen, warum er es dadurch erhalten soll, daß ein ihm günstiger und dem vorgehenden Gläubiger ungünstiger Zufall den Besitz der Sache in seine Hände hinüberspielt.

[2]) Vgl. dagegen die vorige Anmerkung.

unter Angabe des Geldbetrages, wegen dessen der Pfandgläubiger verkaufen will. Nach der Androhung muß der Gläubiger noch einen Monat warten. Das neue Handelsgesetzbuch setzt an stelle eines Monats eine Woche. Das sind aber nicht Mußvorschriften. Ihre Verletzung macht also den Verkauf nicht nichtig, sondern der Gläubiger, der dagegen verstößt, wird nur schadensersatzpflichtig. Zeit und Ort der Versteigerung sollen vorher bekannt gemacht werden (§ 1237).

Sehr wichtig ist, daß der Verkauf immer nur mit der Bestimmung sofortiger Barzahlung durch den Käufer geschehen darf. Geschieht die sofortige Zahlung nicht, so muß der Gläubiger von dem Vorbehalte der Rechtsverwirkung (der clausula cassatoria) vor dem Schlusse des Versteigerungstermins Gebrauch machen. Unterbleibt die Bestimmung der sofortigen Barzahlung oder die rechtzeitige Ausübung der clausula cassatoria, so muß sich der Pfandgläubiger dem Schuldner gegenüber den Preis als empfangen anrechnen lassen (§ 1238), „doch darf er ihn vom Ersteher einfordern".[1])

Pfandgläubiger und Eigentümer können mitbieten (§ 1239).

Endlich kann eine abweichende Art des Verkaufs vereinbart werden mit allerlei Kautelen (§ 1245). Ja, es kann auch ohne Vereinbarung eine solche Abweichung von den Vorschriften der §§ 1234—1240, die nach billigem Ermessen dem Interesse aller Beteiligten entspricht, von jedem derselben verlangt werden, worüber nötigenfalls das Gericht zu entscheiden hat (§ 1246).

Die Wirkung des Pfandverkaufs ist folgende: Der Gläubiger erwirbt Eigentum, zwar nicht schon durch Zuschlag, aber doch durch Übergabe der Sache (§ 1242).[2]) Der Erlös gebührt dem Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung. Soweit als er ihm gebührt, gilt die Forderung als berichtigt (§ 1247). „Im übrigen" — fährt § 1247 sehr lakonisch fort — „tritt der Erlös an die Stelle des Pfandes." Das soll heißen: Der Pfandgläubiger wird Eigentümer des Geldes, soweit es seine Forderung deckt, dagegen wird die Hyperocha nicht sein Eigentum, sondern Eigentum des Pfandeigentümers und ist ihm herauszugeben.

Weitere Konsequenzen ergeben sich aus dem Studium der Materialien.

---

[1]) Eingeschoben.

[2]) Ebenso Biermann zu § 1242 Anm. 1 „Durch die Übereignung (§§ 92a. ff.)." Der Wortlaut könnte Zweifel erwecken.

Mit dem Eigentumsübergang auf den Ersteher erlöschen alle Pfandrechte an der Sache, auch die dem Extrahenden vorgehenden Pfandrechte, selbst dann, wenn der Ersteher sie kannte (§ 1242 Abs. 2).

Die verpfändete Sache soll dem Erwerber durchaus als Pfandeigentum zufallen. Der vorgehende Pfandgläubiger wird für den Verlust seines Pfandrechts dadurch entschädigt, daß er am Erlös ein Vorzugsrecht hat.

Eine merkwürdige Konsequenz ist im § 1242 Abs. 2 Satz 2 gezogen. Auch ein Nießbrauch, der nicht allen Pfandrechten vorging, muß ebenfalls erlöschen. Weil er schwächer ist, als das ihm vorgehende erlöschende Pfandrecht, muß er dessen Schicksal teilen.[1]) Aus dem Erlös wird zunächst der dem Nießbraucher vorgehende Pfandgläubiger befriedigt. Darauf muß nach den Motiven, was man schwerlich selber herausfinden würde, der Rest des Erlöses Gegenstand des Nießbrauches werden, denn er tritt an Stelle des Pfandstückes, und der dem Nießbraucher nachstehende Pfandgläubiger gilt nun als Nießbrauchbesteller.[2]) Dernburg[3]) hofft, daß diese scharfsinnigen Sätze recht selten Anwendung finden werden.

Hat also der erste Pfandgläubiger die Sache zum Verkauf gebracht und sich befriedigt, so hat der Nießbraucher an dem Überschuß des Erlöses Nießbrauchsrecht bekommen. Der nachstehende Pfandgläubiger muß warten, bis der Nießbraucher stirbt. In welcher Höhe ist er einstweilen befriedigt? Man wird wohl schätzen müssen, wieviel seine Anwartschaft auf die Befriedigung beim Tode des Nießbrauchers jetzt wert ist.[4]) Das sind äußerst künstliche Vorschriften.

---

[1]) Andernfalls könnte der Eigentümer durch Herstellung eines Nießbrauchs (ein Mädchen z. B. durch ihre Verheiratung) die Pfandgläubiger schädigen.

[2]) Die Motive Bd. III S. 830 setzen bei dem Leser des Gesetzbuchs eine Einsicht in die Regel voraus, daß man die Brücke nicht weiter baut als den Fluß- also auch den Nießbraucher nicht weiter schädigen soll, als es zum Besten der vorstehenden Pfandgläubiger nötig ist.

[3]) Bürg. R. Bd. III § 272, 2 S. 762 (3. Aufl. S. 806).

[4]) Eck denkt wohl an den Fall, daß hinter dem Pfandgläubiger, der dem Nießbraucher nachsteht, noch ein anderer Pfandgläubiger steht und es sich fragt, ob auch noch für diesen etwas abfällt. Es ist dies übrigens nach dem Inhalte der Nachschrift nicht ganz sicher.

Wir haben gesehen, daß auch der bisherige Eigentümer mitbieten kann. Erwirbt er die Pfandsache, so bekommt er folgeweise an stelle seines bisherigen belasteteten Eigentums ein pfandfreies und zwar ein viel besseres; denn alle Pfandrechte sind erloschen. Will der Eigentümer ein Pfandrecht, das auf seiner Sache lastet, ohne daß er persönlicher Schuldner ist, gern los werden, so braucht er nur einem guten Freund ein zweites Pfandrecht an der Sache zu bestellen. Das kann er als mittelbarer Besitzer. Der Freund verkauft dann als nachstehender Pfandgläubiger das Pfandstück an den Besteller. Dieser ersteht es pfandfrei. Das erste Pfandrecht ist abgestoßen, und wenn der Eigentümer nicht persönlicher Schuldner ist, muß der Gläubiger von ihm sich mit dem vielleicht sehr billigen Preise bezahlen lassen, für den der Eigentümer es erstanden hat.[1])

Wenn der Pfandverkauf an gewissen Mängeln litt, wenn der Verpfänder gar nicht Eigentümer war, wenn der Verkauf ohne die gesetzlichen Voraussetzungen erfolgt ist, z. B. vor Fälligkeit der versicherten Forderung, so schaden alle diese Mängel dem Erwerber nichts, falls er nur bezüglich der Pfandverkaufsbefugnis des Gläubigers in gutem Glauben war, und der Verkauf in der regelmäßigen Form der Versteigerung nach § 1235 erfolgt ist; denn § 1244 erklärt ausdrücklich, die Paragraphen der Eigentumserwerbslehre zu Gunsten des redlichen Erwerbers für maßgebend. Dabei läßt, wie die Beiseitelassung des § 935 ergibt, § 1244 sogar die Ausnahme weg, die bei dem Eigentumserwerbe für gestohlene und verlorene Sachen gilt. Auch wenn der Dieb einer Sache sie verpfändet und der Pfandgläubiger sie dann versteigert, wird sie Eigentum des redlichen Erwerbers. Der Dieb kann hiernach die Sache dem Bestohlenen verhältnismäßig leicht entziehen; er muß sie nur durch einen Hehler als Pfandgläubiger öffentlich versteigern lassen,[2]) dann geht sie in das Eigentum des Erwerbers über, und der bestohlene Eigentümer verliert sein Eigentum. Das gilt ja auch schon nach preußischem Recht, wo die öffentliche Versteigerung dieselbe Kraft hat.[3])

[1]) Diese Erwägung spricht ebenfalls gegen das oben S. 341 von Eck mit der herrschenden Meinung behauptete und vom Herausgeber (S. 341 Anm. 1) bezweifelte Pfandrecht des nachstehenden Pfandgläubigers.

[2]) Es wird dies freilich wohl deshalb nur selten geschehen, weil dadurch die Gefahr der Entdeckung der begangenen Vergehen in hohem Maße vermehrt wird.

[3]) Dieses Beispiel fordert immerhin zu einer ernstlichen Kritik des Gesetzbuches heraus. Für öffentliche Versteigerungen bestimmt das Gesagte schon § 935, § 1244

Im Ganzen ist diese sehr erleichterte Ausübung des Pfandverkaufs unzweifelhaft geeignet, den Kredit zu heben, andererseits kann sie den an einer Sache berechtigten Dritten sehr leicht gefährden. Ehe z. B. jemand, der eine ihm etwa „vom Pfandgläubiger in Hoffnung" auf Bezahlung des Preises verkaufte und vorläufig noch nicht übereignete Sache „auf Grund einer ihm vom Pfandgläubiger erteilten Erlaubnis" in die von ihm „inzwischen" gemietete Wohnung bringt, kann der Pfandgläubiger sie längst „anderweitig" verkauft „und übereignet" haben, ohne daß der frühere Käufer intervenieren kann.[1])

Hat der Pfandgläubiger bereits verkauft, so kann der dadurch zu Schaden gekommene Verleiher oder Verkäufer der Sache, „die vom Leiher oder Käufer einem redlichen Dritten verpfändet und sodann von ihm auf Grund eines Pfandverkaufs veräußert worden ist,"[2]) nur mit einer condictio sine causa auf Herausgabe des grundlos erzielten Vorteils klagen.

Eine weitere Begünstigung des Pfandgläubigers, die man im ersten Augenblick in ihrer Tragweite nicht übersieht, enthält § 1248. Bei dem Verkaufe des Pfandes gilt zu Gunsten des Pfandgläubigers der Verpfänder als der Eigentümer, es sei denn, daß der Pfandgläubiger weiß, daß der Verpfänder nicht der Eigentümer ist. Die Pointe dieser Worte ist dieselbe, wie bei dem ähnlichen Satz in der Nießbrauchlehre.[3]) Die Anzeigen, die an den Eigentümer zu richten sind, und die Verpflichtung der Herausgabe der Hyperocha an den Eigentümer werden gültig an den Verpfänder bewirkt; denn der Pfandgläubiger darf den Verpfänder als den Eigentümer betrachten und sich durch Leistung an diesen liberieren.

---

erstreckt es aber auch auf freihändige Veräußerungen, soweit sie gestattet sind (§ 1221). Vgl. Biermann, Anm. 2 zu § 1244 a. E.

[1]) Die in Anführungszeichen gesetzten Worte sind vom Herausgeber eingeschoben worden. Ob er das Richtige getroffen hat, mag zweifelhaft sein. Jedenfalls erschien ihm der Text ohne sie unverständlich. Gegen das im Text Gesagte ließe sich einwenden, daß ein Käufer vor der Übereignung des Kaufgegenstandes auch sonst kein dingliches Recht hat, also es erdulden muß, daß der Gegenstand weiter verkauft und übereignet wird, da es ein jus ad rem im B.G.B. nicht gibt. — Bei dem Zwangsverkaufe eines Grundstücks kann freilich eine ähnliche Sachlage nicht eintreten. Das mag vielleicht Ec zu der Bemerkung des Textes veranlaßt haben.

[2]) Eingeschobene Worte.

[3]) § 1058. S. 229.

Eine sehr weitgehende jus offerendi enthält § 1249. Jeder, der durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht verlieren würde, kann den Pfandgläubiger befriedigen, sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt sein würde. Z. B. können nachstehende Pfandgläubiger oder der Nießbraucher den vorgehenden Pfandgläubiger abfinden. Nicht einmal Fälligkeit der versicherten Forderung des Vorgehenden und nicht einmal Betrieb des Verkaufs durch den Vorgehenden wird erfordert.

Bei der Übertragung der Forderung geht auch das Pfandrecht allemal mit über. Wird der Mitübergang des Pfandrechts ausgeschlossen, so bleibt es nicht bei dem übertragenden Pfandgläubiger zurück, sondern erlischt (§ 1250). Das stimmt mit dem Pr.A.L. überein.[1]) Aber während letzteres das merkwürdige Dilemma schafft, daß einerseits die Weitergabe des Pfandstückes durch den Pfandgläubiger an den Cessionar verboten ist, andererseits aber doch mit der cedierten Forderung das Pfandrecht mit übergeht und dadurch der Cedent in die höchst unbequeme Lage kommt, die Pfänder nunmehr für zwei Interessenten aufzubewahren, für den Verpfänder und den Cessionar als nunmehrigen Pfandgläubiger, gibt § 1251 des B.G.B. dem neuen Gläubiger rundweg das Recht, die Herausgabe der Pfandsache zu verlangen. Er muß sodann die empfangene Sache aufbewahren. Aber auch der bisherige Pfandgläubiger haftet neben ihm als Bürge. Es kann, wie Dernburg[2]) mit Recht andeutet, dem Verpfänder sehr unbequem sein, daß die Sache beim Verkauf der Pfandforderung an einen Fremden kommt, dem er die Sache nie anvertraut haben würde.

Bei den Erlöschungsgründen des Pfandrechtes ist das bisherige Recht reproduziert. In den §§ 1252—1256 sind die bekannten Tilgungsgründe normiert: Erlöschen der versicherten Forderung, Rückgabe der Pfandsache durch den Pfandgläubiger, Verzicht des Pfandgläubigers und endlich Vereinigung von Eigentum und Pfandrecht in einer Hand.[3])

---

[1]) A.L.R. I, 11 § 402.

[2]) Dernburg bemerkt im Bürg. R. Bd. III 2. Aufl. S. 764, 3. Aufl. S. 808, § 273 a. E. nur „Unbedenklich sind diese Sätze freilich nicht für den Verpfänder."

[3]) Letztere nicht unbedingt: § 1256 vgl. oben aus der Nießbrauchslehre S. 229 Anm. 2. Ein rechtliches Interesse des Eigentümers am Fortbestehen des Pfandes auf seiten des Eigentümers hemmt die tilgende Kraft der Vereinigung.

§ 41.

20. Faustpfandvertrag (§§ 1215—1226).

Der Faustpfandvertrag bringt ganz dieselben Rechte und Pflichten hervor wie der römische contractus pigneraticius. Auch diese Faustpfandrechtsbestellung ist ein Realkontrakt. Sie entsteht durch Hingabe der Pfandsache.

Die Parteien würden hier besser statt Pfandgläubiger und Verpfänder Pfandnehmer und Pfandgeber genannt werden. Aber das B.G.B. spricht a potiori vom Pfandgläubiger, obwohl der Pfandnehmer nicht notwendig Gläubiger zu sein braucht.[1])

Der Pfandgläubiger ist zur Verwahrung verpflichtet und haftet nach den allgemeinen Regeln des § 276 als Schuldner für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Er muß die Sache zurückgeben, nachdem er befriedigt ist, oder wenn ihm die Schuldsumme angeboten wird.[2]) (§ 1223).

Nach den neuen §§ 1217 und 1218 kann der Verpfänder, wenn sein Recht durch den Pfandnehmer erheblich oder trotz Abmahnung wiederholt verletzt wird, z. B. wenn der Verpfänder sich den Gebrauch der Sache anmaßt, verlangen, daß das Pfand auf Kosten des Gläubigers hinterlegt oder an einen dritten Verwahrer abgeliefert werde. Ferner kann der Verpfänder, wenn der Verderb des Pfandes oder eine wesentliche Verminderung seines Wertes zu besorgen ist, z. B. Kurssturz der verpfändeten Wertpapiere, die Rückgabe der Pfandstücke gegen anderweitige Sicherheit verlangen (§ 1218).

Umgekehrt aber hat auch der Pfandnehmer dieselben Rechte wie nach bisherigem Recht (§ 1216), also Anspruch auf Ersatz von Verwendungen nach den Regeln der negotiorum gestio. Wird die

---

[1]) Es ist hier wohl etwa an folgenden Fall gedacht. X will sein Pferd verpfänden, es aber nicht dem Gläubiger in die Pflege geben. Der Pferdehändler Y erwirbt hierauf für den Gläubiger den Pfandbesitz und schließt den contractus pigneraticius nicht im Namen des Gläubigers ab, sondern im eigenen Namen, als dessen sog. mittelbarer Stellvertreter (vgl. auch § 1206 a. E.).

[2]) Das Vorbereitungsheft fügt hinzu: „Befriedigung kann der Verpfänder auch durch Hinterlegung oder Aufrechnung bewirken, § 1224. Der Verpfänder, der nicht zugleich persönlicher Schuldner ist, erwirbt die Forderung, § 1225" (vgl. hierzu Entsch. d. R.G. Bd. 53 Nr. 100 S. 403).

Sicherheit des Pfandgläubigers durch drohenden Verderb oder Wertverminderung der Pfandsache gefährdet, so kann er nach § 1219 schon jetzt, also nicht in Ausübung eines jus distrahendi, sondern zu seiner Sicherheit das Pfand versteigern lassen, allerdings erst nach vorheriger Androhung und Aufforderung an den Verpfänder zu anderweitiger Sicherheitsleistung.

An Stelle der Versteigerung tritt hier bei Waren mit Börsen- oder Marktpreis Verkauf aus freier Hand durch den Mäkler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person (§ 1221). Der Erlös tritt an Stelle des Pfandstückes.

Die Ersatzansprüche verjähren herüber und hinüber in der kurzen Frist von sechs Monaten (§ 1226).

§ 42.

21. Schiffspfandrecht (§§ 1259—1272).[1])

Das Schiffspfandrecht beruht auf der Einrichtung des Schiffsregisters, welches das Handelsgesetzbuch für Seeschiffe geschaffen hat und das neuerdings durch das Gesetz vom 15. Juli 1896 auch auf die Binnenschiffahrt ausgedehnt worden ist.

Die Verpfändung der Schiffe erfolgt nicht durch Übergabe, sondern durch Eintragung in das Schiffsregister (§ 1260). Die Wirkung dieser Eintragung ist die einer Sicherungshypothek. Daher kann dies Pfandrecht auch zur Deckung von Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber eingetragen werden (§ 1270).

Dadurch hat man den großen Schiffahrtsgesellschaften Prioritätsanleihen unter Verpfändung ihrer Schiffe ermöglichen wollen, bei denen also diese Hypothek für die Inhaber der Schuldverschreibungen in dem Register des Heimatshafens gebucht werden muß.

Freilich genießt das Schiffsregister nicht ebenso öffentlichen Glauben wie das Grundbuch. Es ist hauptsächlich für den internationalen Verkehr berechnet, um den Eigentümer des Schiffes zu bestimmen und damit die Nationalität des Schiffes und sein Recht, die Reichsflagge

[1]) Eine dringend nötige Ausnahme der Regel: Ohne Faust kein Pfand vgl. Neuere Satzung von Fahrnis und Schöffen, Breslauer Habilitationsschrift von Dr. Herbert Meyer. Jena 1903.

zu führen. Daher kann auch der Schiffsrheder das Schiff ohne alle Eintragung in das Schiffsregister veräußern. Man hat das für nötig gehalten, damit bei Kriegsgefahr der Schiffsrheder im Ausland sein Schiff übereignen und unter eine fremde Flagge bringen könne.

Nach Dernburg[1]) ist dies Register nicht sowohl dem Grundbuch als vielmehr dem alten Hypothekenbuch ähnlich. Das Pfandrecht muß eingetragen werden, und der Rang mehrerer Pfandrechte bestimmt sich nach der Reihenfolge der Eintragungen (§ 1261).

Das eingetragene Pfandrecht behält seine Kraft auch bei Veräußerung des Schiffes, wenn der Erwerber es garnicht kannte, also in Ansehung desselben in gutem Glauben war (§ 1262). Der Eigentumserwerb und der Bestand des Pfandrechts stehen also hier nicht durchweg unter den gleichen Regeln.

Im einzelnen sind eine Reihe von Grundsätzen des Hypothekenrechts auch auf das Schiffspfandrecht angewendet. Es sind überhaupt trotz der Mobiliarqualität der Schiffe die Regeln vom Mobiliarpfandrecht insoweit ausgeschlossen, als der Pfandgläubiger hier nicht den Besitz bekommt und sich daraus Abweichungen ergeben (§ 1266).

Die Befriedigung ist hier nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels im Wege der Zwangsvollstreckung zulässig (§ 1268): Genaueres über diese Zwangsvollstreckung bestimmt auch für Schiffe das Zwangsversteigerungsgesetz vom 24. März 1897 in den §§ 162 ff.

§ 43.

22. Pfandrecht an Rechten.

Hier ist die Abweichung vom bisherigen Recht sehr viel geringer. Ein Pfandrecht an einem Recht unterliegt im allgemeinen den Regeln über das Pfandrecht an beweglichen Sachen (§ 1273). Aber doch nur im allgemeinen. Namentlich werden nach demselben § 1273 von vornherein zwei sehr wichtige Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen ausgeschlossen. Zunächst, daß der gutgläubige Erwerber des Pfandrechts an einer Sache den Vorzug vor einem älteren Recht hat. Das war nur aus sachenrechtlichen Rücksichten bestimmt, beim Pfandrecht an Rechten gilt es nicht. Weiter ist der Pfandgläubiger

[1]) Bürg. R. III S. 768, § 276 II, 1 d, 3. Aufl. S. 812.

bei einem nutzbringenden Recht wie einem Patentrecht, das ihm verpfändet ist, nicht befugt, Nutzungen zu ziehen, wie bei einer natürlichen fruchttragenden Sache. Das ist durch Ausschließung des § 1213 statuiert.

Ein Recht muß vor allen Dingen übertragbar sein, um Gegenstand des Pfandrechtes zu werden (§ 1274 Abs. 2).[1] Z. B. kann das Pflichtteilsrecht nicht, wie die preußische Praxis angenommen hat, verpfändet werden denn; das Pflichtteilsrecht ist unübertragbar und darum unpfändbar.[2]

Die Form der Verpfändung von Rechten ist im wesentlichen dieselbe, wie für die Übertragung (§ 1274 Abs. 1). Wenn eine Buchhypothekenforderung verpfändet werden soll, ist die Eintragung im Buch notwendig, wenn eine Briefhypothekenforderung verpfändet werden soll, schriftlicher Vertrag und Übergabe des Briefes.

Die Übergabe solcher Sachen, die zur Verpfändung eines Rechtes notwendig ist, kann auch hier wieder gerade wie bei der Übergabe der verpfändeten Sache, durch Einräumung des Mitbesitzes unter Mitverschluß u. dgl. m. ersetzt werden.

Der Pfandgläubiger, dem ein Recht verpfändet ist, ist gegen einen Dritten, der kraft des Rechtes zu Leistungen verpflichtet ist, ebenso gestellt, wie ein Erwerber des Rechtes (§ 1275). Er kann also von ihm im allgemeinen die geschuldeten Leistungen verlangen. Seine Befriedigung aus dem verpfändeten Recht kann er aber nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den Regeln über die Zwangsvollstreckung suchen (§ 1277), „sofern nicht ein Anderes bestimmt ist".[3]

Besondere Regeln sind noch über einige Fälle der Verpfändung von Rechten aufgestellt, vorweg über Verpfändungen von Forderungen (§§ 1279—1290).

Zur Terminologie des B.G.B. ist zu bemerken, daß hier die drei beteiligten Personen unterschieden werden als Pfandgläubiger, Gläubiger und Schuldner.

---

[1] Von der Verpfändung eines Anteilsrechts an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung handelt Entsch. des R.G. Bd. 53 Nr. 28 S. 107 ff.

[2] Die sog. konstitutive Verpfändung ist nicht aufgenommen. Darin liegt eine Verkümmerung althergebrachter Verkehrsformen.

[3] Das Gegenteil würde auf eine unerlaubte Selbsthilfe hinauslaufen, auch dem Satze widersprechen: Nemo plus juris transferre potest (d. h. hier durch Verpfändung) quam ipse habet.

Den Inhaber des pignus nominis sind wir auch jetzt schon Pfandgläubiger zu nennen gewohnt. Der Verpfänder heißt als der erste Gläubiger schlechtweg „Gläubiger". Schuldner ist der, den wir bisher Drittschuldner zu nennen pflegten.

Zur Verpfändung einer Forderung ist erforderlich, daß der Gläubiger sie dem Drittschuldner anzeigt (§ 1280). Auch hier haben wir wieder die auffallende Erscheinung, daß das beschränkte Recht schwerer zu übertragen ist als das volle Recht. Der Gläubiger kann das unbeschränkte Recht cedieren, ohne eine Anzeige an den Schuldner zu machen, das beschränkte Recht des Pfandgläubigers aber nur mittels Anzeige einräumen.[1])

Die Wirkungen des Forderungspfandrechtes sind verschieden gestaltet, je nachdem bei der versicherten Forderung die Voraussetzungen des Pfandverkaufs bereits gegeben sind oder dies noch nicht der Fall ist. Diese beiden Stadien, die Dernburg Pfandunreife[2]) und Pfandreife nennt, sind leider im B.G.B. durchaus nicht äußerlich getrennt. Dadurch bekommt diese ganze Lehre etwas sehr Unübersichtliches, indem man beständig zusehen muß, an welches der beiden Stadien gedacht ist.

Wir betrachten zunächst das erste Stadium, in dem eine Fälligkeit der versicherten Forderung und eine Richtung derselben auf eine Geldsumme noch nicht gegeben ist. In diesem Vorstadium oder Stadium der Pfandunreife besteht eine gemeinsame Berechtigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers, eine Mitberechtigung zur gesamten Hand. Die Leistung kann dann nur an beide gemeinsam vom Drittschuldner bewirkt werden (§ 1281).[3]) Weiter kann der Drittschuldner nur beiden gemeinsam kündigen. Dagegen kann der Gläubiger, also der Verpfänder der Forderung, allein kündigen, nur ausnahmsweise bedarf er der Zustimmung des Pfandgläubigers, wenn dieser ein Recht auf die Nutzungen hat.[4])

[1]) Das Gesetzbuch hält den Forderungspfandgläubiger für noch schutzbedürftiger als einen Cessionar. Die Anzeige schneidet zu seinen Gunsten die Gefahr ab, daß der Schuldner dem Verpfänder zahlt.

[2]) Genauer: „Unreife des Pfandrechtes", Bürg. R. Bd. III § 280 IIa S. 779, 3. Aufl. S. 823.

[3]) Vgl. R.G. Bd. 52 Nr. 38 S. 143 über den Zusammenhang dieser Vorschrift mit § 1144. Der Pfandgläubiger erhält bei der Verpfändung einer Hypothek den Hypothekenbrief; dies verhindert den Verpfänder allein Zahlung zu empfangen.

[4]) Sonst könnte der Verpfänder, indem er durch Kündigung das nutzbringende Verhältnis auflöst, dem Pfandgläubiger die ihm zustehenden Einkünfte entziehen.

In dem zweiten Stadium, nach Fälligkeit der versicherten Forderung, die auf Geld geht, also in dem Stadium, in dem eine körperliche Pfandsache verkäuflich sein würde, verschiebt sich das Bild ganz und gar (§§ 1282 ff.). Nachdem die versicherte Forderung, die auf Geld geht, fällig geworden ist, kann der Pfandgläubiger allein die ihm verpfändete Forderung kündigen und einziehen.[1]) Er hat also ein jus exigendi und zwar nicht wie nach preußischem Recht erst nach gerichtlicher Überweisung, sondern wie nach römischem Recht, ohne weiteres. Aber freilich nur soweit als es zu seiner Befriedigung erforderlich ist (§ 1282). Statt sie nun einzuziehen, kann er auch ihre Abtretung durch datio in solutum verlangen (§ 1282 Abs. 1 Satz 3). Das ist also das Seitenstück der bekannten gerichtlichen Überweisung an Zahlungsstatt bei gepfändeten Forderungen.[2]) Dagegen ist, was äußerst merkwürdig erscheint, der Pfandgläubiger zu andern Verfügungen über die verpfändete Forderung nicht berechtigt (§ 1282 Abs. 2). Er darf sie zwar einziehen, aber er darf sie nicht aufrechnen, nicht abtreten, nicht erlassen u. s. w., selbst wenn er sich den Betrag anrechnen wollte. Warum das in aller Welt?[3])

Auch hier meinen die Motive,[4]) es sei dies zur Sicherheit des Schuldners so vorgeschrieben. Also kommen wir zu der sonderbaren Konsequenz, daß der Pfandgläubiger die verpfändete Forderung betreiben muß, und wenn er sie dem Schuldner erlassen will, so muß er vom Gläubiger den erlassenen Betrag wie einen empfangenen sich anrechnen lassen.[5]) Auch kompensieren kann er sie nicht. Ich verpfände z. B. an X mein Guthaben bei der Reichsbank über 5000 Mark. Die Reichsbank aber hat von X wiederum 5000 Mark zu fordern. Dann kann X zwar die 5000 Mark, wenn seine versicherte Forderung fällig ist, von der Reichsbank einziehen, aber er kann sie nicht gegen die Forderung, die die Reichsbank an ihn hat, aufrechnen, sondern er muß sie erst einziehen und dann zurückzahlen. Höchstens kann er der Reichs-

[1]) Das Vorbereitungsheft fügt hinzu: „Bei mehreren Pfandrechten ist zur Einziehung nur derjenige Pfandgläubiger berechtigt, dessen Pfandrecht den übrigen vorgeht. Das Pfandrecht an Forderungen ergreift auch die Zinsen."

[2]) C.P.O. § 835 Abs. 2.

[3]) Da die lex Anastasiana nicht mehr gilt, so läge in der Tat die Gefahr vor, daß jemand dem Pfandgläubiger die verpfändete Forderung unter ihrem Werte abkauft und dadurch den Verpfänder schädigt.

[4]) Bd. III S. 862 c.

[5]) Also auch eine hyperocha herausgeben.

bank sagen: „Du kannst mir gegenüber aufrechnen. Tue dies! dann sind wir durch Kompensation auseinander gekommen." Ich meinerseits darf das nicht, denn zu anderen Verfügungen über die Forderung als zum Einziehen bin ich nicht befugt. Das ist innerlich wenig gerechtfertigt, denn wer einziehen kann, muß auch anderweit über die Forderung disponieren können.[1])

Wenn weder die Einziehung noch die Annahme durch datio in solutum dem Pfandgläubiger geeignet erscheint, die Einziehung vielleicht gar nicht möglich ist, weil die verpfändete Forderung noch nicht fällig ist und er eine datio in solutum verschmäht, so kann es doch zu einer Versteigerung kommen. § 1282 Abs. 2 Satz 2 erklärt: „Das Recht, die Befriedigung aus der Forderung nach § 1277 zu suchen, bleibt unberührt." Das will besagen: Der Pfandgläubiger kann sich einen vollstreckbaren Titel verschaffen und dann auch die Versteigerung nach der C.P.O. betreiben. So kommt er auf diesem Umwege dazu, aus der ihm verpfändeten Forderung den Wert herauszuschlagen, auch ohne daß er sie einziehen oder an Zahlungs Statt annehmen muß.

Wird nun weiter von dem Drittschuldner der Schuldgegenstand geleistet, so bekommt nach § 1287 der Gläubiger das Eigentum an dem Gegenstand und der Pfandgläubiger ein Pfandrecht. Hat der Drittschuldner ein Grundstück geleistet, so bekommt der Pfandgläubiger hier merkwürdigerweise eine Sicherungshypothek ohne Buchung.[2]) Natürlich kann er die Zustimmung zur Buchung vom Eigentümer verlangen.

Ist der geleistete Gegenstand Geld, so wickelt sich das Verhältnis nach § 1288 einfacher ab. Hat der Drittschuldner dem Schuldner das Geld schon vor Fälligkeit der versicherten Forderung geleistet, so müssen die beiden Beteiligten, der Verpfänder und der Pfandgläubiger es gemeinsam verzinslich anlegen und zwar nach den Regeln über Mündelgelder (§ 1288). Wenn dagegen die Zahlung von dem Drittschuldner nach Fälligkeit der versicherten Forderung erfolgt ist, so gilt der Betrag, den der Pfandgläubiger bekommen hat, oder den er auf seine Forderung in Anspruch nehmen kann, als ihm bezahlt. Den Überschuß muß er abliefern.

---

[1]) Vgl. hiergegen oben S. 352 Anm. 3.

[2]) Zur Aufklärung dient das ähnliche Recht des Forderungsnießbrauchs. Der oben S. 205 Anm. 5 hervorgehobene Unterschied des Forderungsnießbrauches nnd des Forderungspfandrechtes ist hiernach kein unbedingter.

Das Pfandrecht an Ordrepapieren und Inhaberpapieren ist im wesentlichen ganz in Übereinstimmung mit Art. 309 des bisherigen Handelsgesetzbuches geregelt. Es kehren im wesentlichen die bekannten Bestimmungen wieder. Insbesondere erfordert ein Pfandrecht an Ordrepapieren, wie Wechseln u. s. w. nach § 1292 außer der Einigung des Verpfänders und des Pfandgläubigers die Übergabe des indossierten Papiers. Dagegen fällt hier die Anzeige an den Schuldner, die beim pignus nominis vorgeschrieben war, weg. Durch Übergabe des indossierten Papiers wird der Pfandgläubiger nach außen hin geradezu Eigentümer und zwar fiduziarischer Eigentümer. Er ist seinem Verpfänder nur obligatorisch verantwortlich dafür, daß er sein Eigentum nicht mißbraucht.[1])

Bei Inhaberpapieren sollen die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen gelten (§ 1293).

Eigentümlich ist, daß der Pfandgläubiger auch dann, wenn seine versicherte Forderung noch nicht fällig ist, wenn sie sich also noch im Stadium der Unreife befindet, doch das Recht der Einziehung der ihm verpfändeten Forderung hier bereits hat (§ 1294). Das ist wegen der Beschaffenheit dieser Papierforderungen bestimmt, die unter Umständen eine rasche Realisierung erheischt. Darum kann der Schuldner auch ohne weiteres an den Pfandgläubiger, der Inhaberpapiere in Händen hat, oder an den Indossator des Ordrepapieres leisten.

Nach Fälligkeit der versicherten Forderung kann aber der Pfandgläubiger nach § 1295 ein Ordrepapier — nur von dem ist die Rede —, das einen Börsen- oder Marktpreis hat, aus freier Hand durch einen Makler oder eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person verkaufen lassen.

Es fällt auf, daß § 1295, der eine erleichterte Verkaufsform anordnet, bloß von indossablen Papieren spricht, nicht von Inhaberpapieren. Das führt zu der Konsequenz, daß, wenn Inhaberpapiere verpfändet sind, der Gläubiger dem Verpfänder seiner versicherten Forderung erst den Verkauf androhen muß. Also ist ein Pfandrecht

---

[1]) Diese auch von andern, insbesondere auch von Biermann Anm 1 § 1292 in der ersten Auflage seines Kommentars angenommene Ansicht ist von diesem mit Recht in der zweiten fallen gelassen worden. Sie findet im Gesetze keine Stütze. Der Pfandgläubiger erlangt an dem Papiere nur ein Pfandrecht, kein Eigentum. Litteratur s. b. Biermann a. a. O.

am Inhaberpapier schwerer zu realisieren, als ein solches am indossierten Ordrepapier.[1])

Im bisherigen Recht der Wertpapiere war es eine streitige Frage, ob das Pfandrecht an solchen auch die Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine mitergreife. § 1296 löst diese Streitfrage im Einklang mit dem Schweizer B.G.B. im wesentlichen verneinend. Das Pfandrecht an diesen Wertpapieren ergreift nicht unbedingt auch die Zinsen- und Gewinnanteilscheine, weil die Rechte an diesen verkörpert scheinen und verselbständigt sind. Vielmehr ergreift das Pfandrecht diese Scheine nur dann, wenn sie mit übergeben waren.

Sind sie dem Gläubiger mit übergeben, so kann zwar der Gläubiger nach § 1294 sie auch vor Fälligkeit seiner versicherten Forderung einziehen, aber andererseits kann der Verpfänder ihm das abschneiden (§ 1296). Er kann nämlich die Herausgabe derjenigen Dividendenscheine und Zinscoupons verlangen, die fällig werden, ehe die versicherte Forderung ihre Fälligkeit erreicht und auf Geld gerichtet ist. Das ist statuiert, um die Bedürfnisse des Lombardverkehrs zu befriedigen.

Außerdem ist dieser Satz des § 1296 noch ganz besonders wichtig für einen anderen Fall, den man im ersten Augenblick nicht erkennt. Bei dem gesetzlichen Pfandrecht, das durch Hinterlegnng von Wertpapieren zur Sicherheitsleistung entsteht, wird zwar im § 234 ausdrücklich vorgeschrieben, daß Zinsen- und Dividendenscheine mit zu hinterlegen sind. Aber diese Bestimmung ist nicht so hart, wie sie im ersten Augenblick klingt; denn nach § 1296 kann der Verpfänder die Scheine, die auf Geld gerichtet sind, vor Fälligkeit der versicherten Forderung herausverlangen. Damit ist durch § 1296 in Übereinstimmung mit dem Schweizer Recht und mit Rücksicht auf die Vorschläge, die von kaufmännischer Seite gemacht worden sind, diese im bisherigen Recht sehr streitige Frage in angemessener Weise gelöst worden.[2])

[1]) Der zu Unrecht geschehene Verkauf ist in der Tat bei Inhaberpapieren gefährlicher als bei Ordrepapieren. Jene verschwinden leicht im Verkehre. Diese sind in der Regel noch auffindbar; vgl. auch § 935 Abs. 2.

[2]) Erst nachdem der Druck völlig abgeschlossen ist, erhalte ich die dritte Auflage des oben fortlaufend in zweiter Auflage berücksichtigten dritten Bandes von Dernburg: „Das bürgerliche Recht."

IV. Buch. Familienrecht.[1]

An Literatur über das Familienrecht sind zwei Hauptwerke vorhanden, die das ganze Familienrecht umspannen:

1. Fraenkel, Das Familienrecht des B.G.B. für das D. R. mit Ausschluß des Familiengüterrechts, Hannover 1898.

2. Amtsgerichtsrat Ehlers, Das Familienrecht des B.G.B.

Auf die Reichstagsvorlage bezüglich, und da gerade im Eherecht vom Reichstag viel geändert ist, nicht mehr unmittelbar verwertbar. Zu erwähnen sind noch:

3. F. Kohler, Das Eherecht des B.G.B. 1898.[2])

4. Plancks Kommentar, ausgearbeitet vom Ober-Regierungsrat Unzner.[3]) Die Darstellung ist ungemein eindringend und klar.

5. Matthiaß, Lehrbuch des B.G.B. Zweiter Band, Familienrecht, ist noch eingehender als die Werke von Fraenkel und Kohler.[4])

[1]) Dieser Rechtszweig folgte in den mündlichen Vorträgen dem Erbrechte nach. Er ist kürzer gehalten und ergänzungsbedürftiger als andere. Diesem Bedürfnisse des Lesers genügen aber andere weit verbreitete Darstellungen, vor allem Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, vierter Band: Das Familienrecht (Halle a./S. 1903) in so hohem Maße, daß sich der Herausgeber in seinen Anmerkungen die größeste Zurückhaltung auferlegen durfte.

[2]) Weitere Eherechtslitteratur erwähnt Dernburg a. a. O. § 2; Matthiaß II § 79 Anm. 1, Lehmann (Enneccerus und Lehmann) II § 141.

[3]) In Staudingers Kommentar ist das Familienrecht bearbeitet von Staudinger und Engelmann. Zu erwähnen sind noch als Kommentatoren Arthur Schmidt und Habicht, Opet und v. Blume.

[4]) Das seitdem in den Gesamtdarstellungen des bürgerlichen Rechts von Cosack, Endemann, Enneccerus und Lehmann u. a. auch das Familienrecht behandelt worden ist, ist bekannt. Vgl. auch die Übersicht bei Lehmann § 135 Anm. 1.

Kapitel I. Eherecht.

1. Allgemeines.

§ 44.

Die Überschrift des B.G.B. „Die bürgerliche Ehe" ist eine Konzession, die der Reichstag dem Zentrum gemacht hat. Sie sollte ausdrücken, daß nicht bloß die vom B.G.B. beliebte Form der Eheschließung, die Civilehe, sondern auch das materielle Eherecht im Gegensatz zu dem daneben tretenden kirchlichen Eherecht ein bürgerliches Recht sei.[1])

Dafür stimmten auch die Sozialdemokraten nach ihrem Prinzip: „Religion ist Privatsache". Auch ist in das B.G.B. der schon auf Verlangen des hochseligen Kaisers Wilhelm I. in das Personenstandsgesetz gekommene sog. Kaiserparagraph aufgenommen (§ 1588): „Die kirchlichen Verpflichtungen in Ansehung der Ehe werden durch die Vorschriften dieses Abschnittes nicht berührt."

Zunächst ist das persönliche Eherecht zu besprechen.

Von den Werken über das persönliche Eherecht erwähne ich nur kurz:

1. Rudolf Leonhard, Das persönliche Eherecht des B.G.B. 1895. Es ist ein Separatabdruck erschienen und auch ein Abdruck im Archiv für bürgerliches Recht, Band X S. 1 ff.[2])

2. Prof. Leonhard Jacobi, Das persönliche Eherecht. Berlin 1896.[3])

3. Galante, Professor in Innsbruck, Il diritto matrimoniale nel codice civile germanico, Turino 1896 (sehr lehrreich). Besonders berücksichtigt sind die Petitionen der deutschen Frauenvereine, die das Eherecht des B.G.B. geändert haben wollten.

---

[1]) Es sollte die Tatsache anerkannt werden, daß Staat und Kirche neben einander die Kraft haben, einem Verhältnisse die Würde eines ehelichen zu verleihen und zwar jedes in einem besonderen Sinne. Praktische Folgerungen s. bei Dernburg IV § 9 Anm. 11 S. 34.

[2]) Abdruck eines in der juristischen Gesellschaft zu Frankfurt a. M. gehaltenen Vortrages, auch im Archiv für praktische Rechtswissenschaft, N. F. Bd. 18 S. 223, erschienen.

[3]) 2. Aufl. 1899.

2. Das Verlöbnis. (§§ 1297—1302.)[1])

§ 45.

Aus dem Verlöbnis entspringt nach bisherigem Recht, wie bekannt, noch immer eine Klage auf Eingehung der Ehe, doch ist die Zwangsvollstreckung gegen den zur Eheschließung Verurteilten schon jetzt ausgeschlossen (§§ 888 Abs. 2 und 894 Abs. 2 der C.P.O.). Dies führte das B.G.B. einen Schritt weiter zur Abschaffung der Klage auf Eingehung der Ehe (§ 1297). Es kann auch nicht einmal mehr durch ein Strafversprechen, das ein Verlobter auf den Fall des Unterbleibens der Ehe abgibt, ein Verlöbnis bestärkt werden. Daher ist zugleich, obwohl das B.G.B. das nicht erst ausdrücklich sagt, auch ein Anspruch eines Verlobten auf Leistung seines Interesses am Zustandekommen der Ehe ausgeschlossen.

Danach scheint auf den ersten Blick das B.G.B. wieder beim reinen römischen Recht, das jeden Zwang ad ineundum matrimonium verwarf, angelangt zu sein. Indessen bleibt trotzdem das Verlöbnis doch immer ein Vertrag,[2]) der zwar nicht einen Erfüllungsanspruch begründet, aber im Falle des Vertragsbruches durch Auflösung der Verlobung oder durch Veranlassung zu einer solchen Auflösung andere Ansprüche begründet; nur freilich nicht Ansprüche in so weitem Umfange, wie nach preußischem Recht, nämlich Ansprüche auf Ab-

[1]) Literatur s. bei Dernburg § 6 Anm. 4.

[2]) Es ist zweifelhaft, ob Eck durch die Bezeichnung des Verlöbnisses als Vertrag sagen wollte, daß es im Zweifel allen Vorschriften des B.G.B. über Rechtsgeschäfte unterliegen soll, z. B. der Notwendigkeit, entdeckte Irrtümer unverzüglich als Anfechtungsgründe hervorzuheben u. dgl. m. Für eine Verneinung dieser Frage sprechen dieselben Erwägungen, die dem Verlöbnisse seine Klagbarkeit entzogen haben. Für die Vertragsnatur erklären sich namentlich Endemann, Lehrb. des Bürg. R., 7. Aufl., § 151, S. 599, der übrigens die familienrechtliche Natur dieses Vertrages scharf betont, und Dernburg, Bürg. R. IV § 6 S. 23, der aber im Gegensatze zu Cosack II § 275 die Theorie des Verlöbnisses aus dessen eigener Art entwickeln will. Gegen die Annahme eines Vertrages im juristischen Sinne Hellmann (Deutsche Juristenzeitung 1901 S. 217 ff.), der sich besonders gegen Stutz (Die Rechtsnatur des Verlöbnisses nach Bürg. R. 1900) kehrt, auch Engelmann, Das Bürg. R., 3. Aufl., § 243 S. 653, der zwar die sog. Deliktstheorie ablehnt, aber die Erfüllung des Verlöbnisses für eine blos sittliche Pflicht erklärt. Planck bezweifelt die praktische Bedeutung der Frage Bd. IV S. 8, was freilich überall da zutrifft, wo man dem Verlöbnis blos den Namen eines juristischen Vertrages zuspricht, ohne die Vorschriften über Rechtsgeschäfte bei ihm gelten lassen zu wollen.

findung mit einer Vermögensquote — soweit geht das B.G.B. nicht — aber doch Ansprüche auf Schadensersatz gegen den Verlobten, der vom Verlöbnis ohne wichtigen Grund[1]) zurücktritt, oder durch sein Verschulden dem anderen Teil einen wichtigen Grund zum Rücktritt gibt (§§ 1298, 1299). Er haftet:

a) dem anderen Verlobten und dessen Eltern, ja auch dritten Personen, die an Stelle der Eltern tätig geworden sind, für den Schaden, den diese Personen durch die in Erwartung der Ehe gemachten Aufwendungen erlitten haben, wenn auch nicht gerade auf Ersatz des Betrages der Aufwendungen.[2])

b) Dem anderen Verlobten haftet er auch für den Schaden aus sonstigen Maßnahmen, die sein Vermögen oder seine Erwerbsstellung berührten. So z. B. wenn der andere Verlobte ein Amt aufgegeben hat, um die Ehe schließen zu können.

Man könnte auch, a und b zusammenfassend, sagen: ein solcher ungetreuer Verlobter haftet für das negative Interesse.[3])

c) Der Bräutigam, dem die unbescholtene Braut die Beiwohnung gestattet hatte, haftet der Braut auf billige Geldentschädigung für den dadurch erlittenen Schaden, auch wenn er kein Vermögensschaden ist (§ 1300).[4])

Diese auch dem preußischen Rechte bekannte Defloration sklage ist zwar enger begrenzt als die gemeinrechtliche, welche kein Verlöbnis, sondern nur eine Verführung voraussetzt. Andrerseits geht sie über das preußische Gesetz vom 24. April 1854 hinaus, weil dieses Schwängerung der Braut erfordert, das B.G.B. dagegen nur vorausgegangene Beiwohnung.[5])

[1]) Die Rücktrittsgründe sind nicht bestimmt und daher sehr streitig, vgl. z. B. über die fälschlich zugesicherte Tugendhaftigkeit des Bräutigams Cosack II § 275, IV, 1 und andererseits Dernburg, Bürg. R. IV § 8 Anm. 5.

[2]) Ein Unterschied zeigt sich z. B., wenn die für die Ehe angeschafften Sachen (z. B. Brennholz) von dem Anschaffenden für sich selbst verwendet werden können und ihm eine Auslage ersparen.

[3]) Nicht unbedingt, nämlich z. B. nicht auf Ersatz des entgangenen Vorteils aus einer vereitelten anderweitigen ehelichen Verbindung. So Dernburg, Bürg. R. IV § 6 S. 21, § 8 Anm. 9; Scherer, Das dritte Jahr des B.G.B., Erlangen 1903, S. 241 II, 2.

[4]) sog. „Kranzgeld", vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 49 Nr. 49 S. 205. Über die behauptete „Prämiierung der Unehrbarkeit" vgl. Dernburg, Bürg. R. § 8 Anm. 13 S. 29.

[5]) Und „Unbescholtenheit der Braut" bei der Beischlafsvollziehung. Das

So steht also das B.G.B. mit seiner Bestimmung etwa in der Mitte zwischen gemeinem und preußischem Recht.

Im Falle einer außerehelichen Schwängerung haftet auch nach dem B.G.B. der Mann noch weiter nach § 1715 auf Entbindungs- und Sechswochenkosten (s. unten). Natürlich wird diese weitere Haftung, wenn die Geschwängerte daneben als Braut eine Entschädigung für ihre Defloration fordert, bei der billigen Bemessung der Defloration sgebühren zu berücksichtigen sein.

Wenn mit der Auflösung des Verlöbnisses noch ein Delikt, etwa ein Betrug konkurriert, wodurch der eine Teil dem andern Grund zum Rücktritt gegeben hat, so hat der Verletzte einen Anspruch auf vollen Schadensersatz, auch auf lucrum cessans nach den Regeln über unerlaubte Handlungen.

Von diesem Anspruch auf Schadensersatz verschieden gilt das Rückforderungsrecht des § 1301 schon wegen bloßen Unterbleibens der Eheschließung ebenso wie nach römischem Recht und preußischem Recht. Jeder Teil kann von dem anderen Verlobten das was er ihm geschenkt[1]) oder zum Zeichen des Verlöbnisses gegeben hat, also die arrha sponsalicia, nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern (§ 812 Abs. 1 Satz 2), eine condictio causa finita[2]) wegen Nichteintrittes des nach dem Inhalt des Geschäfts bezweckten Erfolges. Weil hier die Regeln von der ungerechtfertigten Bereicherung gelten, muß diese Rückforderung nach § 815 wegfallen, wenn der Geber selber den Eintritt des Erfolges, also der Ehe, wider Treu und Glauben verhindert, also wenn er seinerseits die Verlobung ohne wichtigen Grund aufgelöst hat.

Auch ist nach demselben § 1301 bei einer Auflösung der Verlobung durch den Tod die Rückforderung im Zweifel ausgeschlossen;

Reichsgericht entscheidet Bd. 52 Nr. 13 S. 46 ff., daß sich der Bräutigam zur Abwehr des Anspruchs auf eine Bescholtenheit, die auf einem Beischlafe der Braut mit ihm selber beruht, nicht berufen darf, um nicht aus eigenen unsittlichen Handlungen Vorteile zu ziehen. Bei der ersten Beischlafsvollziehung, auf die es ankommt, kann übrigens eine solche Bescholtenheit strenge genommen noch nicht vorgelegen haben, wohl aber eine solche wegen verdächtigen Umgangs. Auch auf diese ist der richtige Gedanke des Urteils zu beziehen.

[1]) Dazu rechnet man nicht die Briefe, die ihm der Verlobte geschrieben hat, vgl. Scherer, Das dritte Jahr des B.G.B., Erlangen 1905, S. 341 IIa.

[2]) Diese Auffassung der Klage ist nicht unstreitig, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 8 Anm. 16 S. 30.

mit anderen Worten, der Erbe des verstorbenen Bräutigams darf der Braut nicht die Geschenke entreißen, die der verstorbene Bräutigam ihr gemacht hat, wenigstens im Zweifel nicht, wenn nicht die Absicht der Parteien eine andere war.[1])

Nach § 1302 ist eine kurze Verjährungsfrist von zwei Jahren für alle erwähnte Ansprüche festgesetzt, gerechnet von der Auflösung des Verlöbnisses.

3. Voraussetzungen und Hindernisse der Ehe. (§§ 1303—1315.)

§ 46.

Im B.G.B. kehren die meisten Sätze des Personenstandsgesetzes vom 6. Febr. 1875 wieder, aber doch mit erheblichen Abweichungen, die auch keineswegs sogleich ins Auge springen.

Wichtige Bestimmungen des Personenstandsgesetzes sind, weil ihr Inhalt in den neuen des B.G.B. aufgeht, durch Art. 46 des Einführungsgesetzes für aufgehoben erklärt.

Vorausgesetzt zur Ehe ist:

1. nach § 1303 die sog. Ehemündigkeit, die aber beim Manne nicht mehr, wie nach dem Personenstandsgesetz, mit 20 Jahren eintritt, wobei Dispens zulässig war, sondern mit der Volljährigkeit, d. h. mit 21 Jahren oder der Volljährigkeitserklärung, die bekanntlich schon mit dem achtzehnten Jahre erwirkt werden kann. Also ist die Bestimmung des B.G.B. in Wahrheit nicht strenger als die des Personenstandsgesetzes. Der Hauptunterschied liegt nur darin, daß künftig ein Ehemann niemals mehr minderjährig sein kann; denn er muß entweder 21 Jahre alt oder für volljährig erklärt sein. Er kann auch keinesfalls unter 18 Jahre sein; denn erst mit 18 Jahren ist die Möglichkeit, volljährig zu werden, gegeben.

In Bezug auf die Ehemündigkeit der Frau ist, wie im Personenstandsgesetze, Vollendung des 16. Lebensjahres erforderlich, wovon aber Dispens oder, wie es jetzt heißt, Befreiung zulässig ist. Was übrigens die Zuständigkeit zur Erteilung dieses ehelichen Dispenses betrifft, so bestimmt § 1322, daß der Bundesstaat zuständig ist, dem die Frau, bezw.[2]) der geschiedene Ehegatte angehört. Für Deutsche, die keinem Bundesstaat angehören, steht die Bewilligung dem Reichskanzler zu.

[1]) Zur Widerlegung einer behaupteten Absicht dieser Art kann das „osculum interveniens“ immer noch von Bedeutung sein.

[2]) d. h. bei dem Ehehindernisse des Ehebruches, von dem übrigens hier zunächst nicht die Rede ist.

2. Die zweite Voraussetzung für die Eheschließung ist für gewisse Personen die Einwilligung eines Dritten (§§ 1304—1308):[1])

a) Bei einem beschränkt Geschäftsfähigen, z. B. bei einer minderjährigen Braut — der Bräutigam kann ja nicht mehr minderjährig sein —, bei einem entmündigten Verschwender oder Trunksüchtigen ist die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erforderlich. Doch kann die Einwilligung des Vormundes durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden.[2])

b) Bei Kindern unter 21 Jahren, auch wenn sie für volljährig erklärt sein sollten, ist nach § 1305 doch noch die elterliche Einwilligung erforderlich, genauer die des Vaters, und erst bei dessen Wegfall die Einwilligung der Mutter. Dagegen bedarf über das 21. Lebensjahr hinaus kein Kind mehr einer elterlichen Einwilligung. Das hat der Reichstag hineingebracht, während bekanntlich das Personenstandsgesetz und so auch die Reichstagsvorlage die elterliche Einwilligung noch bei Söhnen bis zum 25. und bei Töchtern bis zum 24. Jahre verlangte. Man wird wohl sagen dürfen, daß dies ein bedenklicher Fortschritt in der Lockerung des Familienbandes ist. Wenn der 21 jährige Sohn ohne väterlichen Segen heiratet und Kinder erzeugt, die er nicht ernähren kann, so muß der Vater sie erhalten; denn mit 21 Jahren soll das Kind von Vater und Mutter unabhängig sein.

§ 1308 lautet: „Wird die elterliche Einwilligung einem volljährigen Kinde verweigert, so kann sie auf dessen Antrag durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden." Es ist gemeint ein für volljährig erklärtes, d. h. ein zwischen dem 18. und dem 21. Jahr stehendes Kind. Das hätte wohl etwas deutlicher gefaßt werden können.

Danach gibt es nicht mehr eine Klage auf richterliche Ergänzung der elterlichen Einwilligung (actio ad supplendum consensum), wie noch nach dem Personenstandgesetze, sondern es ist jetzt eine Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die elterliche Einwilligung zu ersetzen. Der Vormundschaftsrichter ist dazu berufen.

---

[1]) Streitig ist, in wie weit die Anfechtbarkeit einer erforderlichen Einwilligung die Anfechtbarkeit der Ehe nach sich zieht, vgl. die bei Dernburg, Bürg. R. § 14 Anm. 5 Genannten und Dernburg selbst. M. E. kennt das Gesetzbuch diesen Grund einer Anfechtung der Ehe nicht und deshalb ist von ihm abzusehen.

[2]) Es hat sie zu ersetzen, wenn die Eingehung der Ehe im Interesse des Mündels liegt, § 1304 a. E.

Verweigert der Vater einem minderjährigen, nicht für volljährig erklärten Kinde ohne Grund seine Einwilligung zu dessen Ehe, so gibt es kein Zwangsmittel zu Gunsten dieses Kindes gegen den Vater.[1])

3. Die dritte Voraussetzung ist lediger Stand der beiden Brautleute (sog. impedimentum ligaminis), § 1309. Eine frühere Ehe muß erst aufgelöst oder für nichtig erklärt sein. Nur dann gilt eine Ausnahme, wenn die Ehegatten ihre Eheschließung wiederholen, weil die erste Ehe etwa wegen Formmangels nichtig war. Dann braucht die frühere Ehe nicht erst für nichtig erklärt zu sein.[2])

4. Eine fernere Voraussetzung ist die Freiheit vom Hindernis der Verwandtschaft und Verschwägerung (§§ 1310 ff.). Beide bilden in gerader Linie ein Ehehindernis, also auch zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern. In der Seitenverwandtschaft — aber nur Verwandtschaft — bildet auch noch der zweite Grad ein Ehehindernis, d. h. zwischen Geschwistern ist eine Ehe ausgeschlossen, wie bisher. Aber ganz neu ist § 1310 Abs. 2 das Hindernis der außerehelichen Verschwägerung, wie man es zu nennen pflegt. Die bloße Geschlechtsgemeinschaft, der bloße Geschlechtsverkehr, den der eine Teil mit Eltern oder Abkömmlingen des andern Teils gepflogen hat, bildet ein Ehehindernis. Der Sohn kann nicht mehr die Beischläferin des Vaters heiraten, der Vater nicht die Beischläferin des Sohnes, die Tochter nicht den Beischläfer der Mutter, die Mutter nicht den Beischläfer der Tochter. Man könnte es drastisch so ausdrücken: Ein Sohn kann hiernach die zweite Ehe seines Vaters verhindern, wenn er dessen Braut verführt.

Man darf nicht annehmen, daß etwa der Standesbeamte das alles von Amtswegen erforschen solle. Nur wenn dieser Geschlechtsverkehr notorisch ist oder dem Standesbeamten mitgeteilt wird,[3]) hat er darauf Rücksicht zu nehmen.

Aber die Tragweite des § 1310, besonders des Abs. 2, wird noch wesentlich vermehrt durch den Abs. 3. Danach wird zur Bildung eines Ehehindernisses Verwandtschaft auch durch außereheliche Zeugung vermittelt.

---

[1]) Vgl. über das „papierne Recht" der zahlreichen Bestimmungen dieses Zweiges Dernburg, Bürg. R. IV § 14 Anm. 10 S. 48.

[2]) Eine solche Erklärung würde zwecklos sein.

[3]) Die Glaubwürdigkeit des Mitteilenden wird wohl hier von Eck vorausgesetzt.

Während sonst das B.G.B. ausspricht, daß durch außereheliche Zeugung keine Verwandtschaft entsteht, weicht es hiervon ab um der Ehehindernisse willen. Zunächst können, wie schon nach dem jetzigen Recht, zwei uneheliche Kinder desselben Vaters einander nicht heiraten. Ebensowenig ein Ehemann die außereheliche Tochter seiner gewesenen Ehefrau. Aber es gilt mit Rücksicht auf Abs. 2 als Hindernis der außerehelichen Verschwägerung noch ein Weiteres. Nicht bloß der eheliche, sondern auch der uneheliche Sohn kann nicht die Frauensperson, mit der sein Vater einmal den Beischlaf vollzogen hat, heiraten, weil dann eben diese außereheliche Verschwägerung besteht.

In Bezug auf Adoptivverwandtschaft wiederholt § 1311 geltendes Recht. Die Adoptivverwandtschaft zwischen adoptans einerseits und adoptatus und dessen Abkömmlingen andrerseits begründet, so lange das Adoptivverhältnis besteht, einen Ehehindernis.[1])

5. Das Hindernis des Ehebruchs, das impedimentum adulterii entspricht im wesentlichen dem bisherigen Recht, doch mit zwei Abweichungen (§ 1312). Gemeint ist der Ehebruch, den ein Teil mit dem anderen begangen hat und der als Grund für die Scheidung in den Urteilsgründen festgestellt ist.[2]) Eine Verschärfung gegenüber dem bisherigen Rechte liegt darin, daß hier nicht, wie das Personenstandsgesetz ausdrückt, eine Mitschuld des anderen Teils an dem Ehebruch des Gatten vorausgesetzt ist, sondern eben nur ein Ehebruch. Wenn z. B. der Ehemann auf der Reise in einem Badeort den Trauring in das Portemonnaie steckt und eine Dame verführt, und wenn seine Frau sich deshalb von ihm scheiden läßt, so kann er nach bisherigem Recht die Dame, die ihn für einen Junggesellen hielt, heiraten, weil sie nicht mitschuldig war. Anders nach § 1312, der nicht mehr eine Mitschuld, sondern nur einen Ehebruch voraussetzt.

Andererseits liegt eine gewisse Milderung darin, daß der Ehebruch in dem Scheidungsurteil als Grund der Scheidung festgestellt sein muß. Nur dann hat der Standesbeamte ihn zu berücksichtigen. Übrigens ist von diesem Ehehindernis Befreiung statthaft (§ 1312 Abs. 2).

---

[1]) Über die Abweichung dieser Vorschrift von § 1762 vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 17 Anm. 9.

[2]) Die Unanfechtbarkeit einer solchen Feststellung ist nicht völlig zweifellos, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 16 Anm. 4. Ich halte sie uneingeschränkt für richtig.

b) Mit dem bisherigen Recht übereinstimmend ist bei einer gewesenen Ehefrau eine Wartezeit von 10 Monaten aus bekannten Gründen vorausgesetzt (§ 1313).[1])

7. Bei der Wiederverheiratung des Vaters oder der Mutter eines minderjährigen[2]) Kindes wird eine Auseinandersetzung mit diesem bezüglich der Erbschaft des verstorbenen Elternteils (§ 1314) vorausgesetzt, und endlich

8. bei Militärpersonen und bei Beamten, die landesgesetzlich einer besonderen Erlaubnis zur Ehe bedürfen, das Vorhandensein der Erlaubnis (§ 1315).

Übrigens sind in Preußen schon bisher beinahe alle Beamte von der Notwendigkeit eines staatlichen Ehekonsenses befreit, und Art. 42 des Ausführungsgesetzes des B.G.B. schafft für Staatsbeamte und Geistliche rundweg die Notwendigkeit eines staatlichen Ehekonsenses ab. So bleibt das in Preußen nur bei Offizieren praktisches Recht.[3])

Man kann es auffallend finden, daß unter diesen Ehehindernissen das des § 37 des Personenstandsgesetzes nicht mit erwähnt ist, wonach die Ehe zwischen dem Vormund und seinen Abkömmlingen einerseits und dem Mündel andererseits verboten ist. Das ist nicht deshalb gestrichen, weil man diese Ehe etwa ohne weiteres zulassen wollte. Der Vormund selber kann vielmehr zu einem solchen Geschäft seines Mündels nicht die Einwilligung geben, sondern es muß ein besonderer Pfleger bestellt werden.[4]) Wenn dieser Pfleger aber die Einwilligung erteilt, so ist das Zustandekommen der Ehe zwischen Vormund und Mündel nicht zu verhindern.

4. Form der Eheschließung. (§§ 1316—1322.)

§ 47.

Die Form der Eheschließung ist zwar die civile vor dem Standesbeamten geblieben, aber doch nicht ohne erhebliche Ände-

[1]) Über den Dispens s. Dernburg § 18 Anm. 3.

[2]) ehelichen, doch ist dies bestritten (Opet zu § 1314, 1), vgl. Dernburg § 18 Anm. 7.

[3]) Über Ehen der Ausländer vgl. Art. 43 des Ausführungsgesetzes. E.G. Art. 27 und Dernburg, Bürg. R. IV § 18 S. 56 ff. und daselbst auch ein Sonderrecht für das rechtsrheinische Bayern, vgl. auch das Urteil bei Scherer, Das dritte Jahr des B.G.B., 1903, S. 344 V, b.

[4]) § 1795.

Während sonst das B.G.B. ausspricht, daß durch außereheliche Zeugung keine Verwandtschaft entsteht, weicht es hiervon ab um der Ehehindernisse willen. Zunächst können, wie schon nach dem jetzigen Recht, zwei uneheliche Kinder desselben Vaters einander nicht heiraten. Ebensowenig ein Ehemann die außereheliche Tochter seiner gewesenen Ehefrau. Aber es gilt mit Rücksicht auf Abs. 2 als Hindernis der außerehelichen Verschwägerung noch ein Weiteres. Nicht bloß der eheliche, sondern auch der uneheliche Sohn kann nicht die Frauensperson, mit der sein Vater einmal den Beischlaf vollzogen hat, heiraten, weil dann eben diese außereheliche Verschwägerung besteht.

In Bezug auf Adoptivverwandtschaft wiederholt § 1311 geltendes Recht. Die Adoptivverwandtschaft zwischen adoptans einerseits und adoptatus und dessen Abkömmlingen andrerseits begründet, so lange das Adoptivverhältnis besteht, einen Ehehindernis.[1])

5. Das Hindernis des Ehebruchs, das impedimentum adulterii entspricht im wesentlichen dem bisherigen Recht, doch mit zwei Abweichungen (§ 1312). Gemeint ist der Ehebruch, den ein Teil mit dem anderen begangen hat und der als Grund für die Scheidung in den Urteilsgründen festgestellt ist.[2]) Eine Verschärfung gegenüber dem bisherigen Rechte liegt darin, daß hier nicht, wie das Personenstandsgesetz ausdrückt, eine Mitschuld des anderen Teils an dem Ehebruch des Gatten vorausgesetzt ist, sondern eben nur ein Ehebruch. Wenn z. B. der Ehemann auf der Reise in einem Badeort den Trauring in das Portemonnaie steckt und eine Dame verführt, und wenn seine Frau sich deshalb von ihm scheiden läßt, so kann er nach bisherigem Recht die Dame, die ihn für einen Junggesellen hielt, heiraten, weil sie nicht mitschuldig war. Anders nach § 1312, der nicht mehr eine Mitschuld, sondern nur einen Ehebruch voraussetzt.

Andererseits liegt eine gewisse Milderung darin, daß der Ehebruch in dem Scheidungsurteil als Grund der Scheidung festgestellt sein muß. Nur dann hat der Standesbeamte ihn zu berücksichtigen. Übrigens ist von diesem Ehehindernis Befreiung statthaft (§ 1312 Abs. 2).

---

[1]) Über die Abweichung dieser Vorschrift von § 1762 vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 17 Anm. 9.

[2]) Die Unanfechtbarkeit einer solchen Feststellung ist nicht völlig zweifellos, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 16 Anm. 4. Ich halte sie uneingeschränkt für richtig.

b) Mit dem bisherigen Recht übereinstimmend ist bei einer gewesenen Ehefrau eine Wartezeit von 10 Monaten aus bekannten Gründen vorausgesetzt (§ 1313).[1])

7. Bei der Wiederverheiratung des Vaters oder der Mutter eines minderjährigen[2]) Kindes wird eine Auseinandersetzung mit diesem bezüglich der Erbschaft des verstorbenen Elternteils (§ 1314) vorausgesetzt, und endlich

8. bei Militärpersonen und bei Beamten, die landesgesetzlich einer besonderen Erlaubnis zur Ehe bedürfen, das Vorhandensein der Erlaubnis (§ 1315).

Übrigens sind in Preußen schon bisher beinahe alle Beamte von der Notwendigkeit eines staatlichen Ehekonsenses befreit, und Art. 42 des Ausführungsgesetzes des B.G.B. schafft für Staatsbeamte und Geistliche rundweg die Notwendigkeit eines staatlichen Ehekonsenses ab. So bleibt das in Preußen nur bei Offizieren praktisches Recht.[3])

Man kann es auffallend finden, daß unter diesen Ehehindernissen das des § 37 des Personenstandsgesetzes nicht mit erwähnt ist, wonach die Ehe zwischen dem Vormund und seinen Abkömmlingen einerseits und dem Mündel andererseits verboten ist. Das ist nicht deshalb gestrichen, weil man diese Ehe etwa ohne weiteres zulassen wollte. Der Vormund selber kann vielmehr zu einem solchen Geschäft seines Mündels nicht die Einwilligung geben, sondern es muß ein besonderer Pfleger bestellt werden.[4]) Wenn dieser Pfleger aber die Einwilligung erteilt, so ist das Zustandekommen der Ehe zwischen Vormund und Mündel nicht zu verhindern.

4. Form der Eheschließung. (§§ 1316—1322.)

§ 47.

Die Form der Eheschließung ist zwar die civile vor dem Standesbeamten geblieben, aber doch nicht ohne erhebliche Ände-

[1]) Über den Dispens s. Dernburg § 18 Anm. 3.

[2]) ehelichen, doch ist dies bestritten (Opet zu § 1314, 1), vgl. Dernburg § 18 Anm. 7.

[3]) Über Ehen der Ausländer vgl. Art. 43 des Ausführungsgesetzes. E.G. Art. 27 und Dernburg, Bürg. R. IV § 18 S. 56 ff. und daselbst auch ein Sonderrecht für das rechtsrheinische Bayern, vgl. auch das Urteil bei Scherer, Das dritte Jahr des B.G.B., 1903, S. 344 V, b.

[4]) § 1795.

rungen. Demgemäß ist durch das Einführungsgesetz Art. 40 auch das deutsche Reichsgesetz vom 4. Mai 1870 über die Eheschließung von Reichsangehörigen im Ausland abgeändert, weil auch für diese die Eheschließungsform in derselben Weise neu gestaltet sein soll, wie für die im Inlande.[1])

Die Form der Eheschließung besteht nach § 1317 in zwei Momenten:

1. Darin, daß die Verlobten persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit[2]) vor einem Standesbeamten ihren Eheschließungswillen erklären, wobei Bedingungen und Zeitbestimmungen ausgeschlossen sind.

2. Darin, daß der Standesbeamte zur Entgegennahme dieser Erklärung bereit ist, anders ausgedrückt, daß er die Eheschließungserklärung der Parteien freiwillig entgegennimmt.[3])

Ziehen wir die Konsequenz daraus, so ist der perfizierende Akt nicht mehr wie jetzt nach dem Personenstandsgesetz und nach der Reichstagsvorlage der Ausspruch des Standesbeamten, daß die Verlobten nunmehr Eheleute seien, sondern die wechselseitige Erklärung der Verlobten selber.

Stirbt daher ein Verlobter etwa am Schlaganfall nach Erklärung des Ehekonsenses der beiden Brautleute, aber noch ehe der Standesbeamte ein Wort hat sagen können, so ist nach dem bisherigen Recht die Ehe nicht zu stande gekommen, nach dem künftigen Recht ist sie zu stande gekommen. Denn die Erklärung war von den Brautleuten abgegeben, und der Standesbeamte hatte diese, ohne gezwungen zu sein, entgegengenommen.

Diese Neuerung ist ein Zugeständnis, das der Reichstag der Zentrumspartei gemacht hat. Diese Partei erklärte, für ein katholisches Gewissen sei es ganz besonders empfindlich, wenn die Zusammensprechung der Brautleute durch den Standesbeamten die Ehe herstellen

---

[1]) Über die sonstige Anwendbarkeit ausländischer Eheschließungsformen vgl. E.G. Art. 11, 13 und dazu Dernburg, Bürg. R. IV § 2 S. 4 und Riedner, Kommentar zum E.G. Nr. 5 zu Art. 13.

[2]) Eine Befreiung hiervon ist zuweilen erwünscht, aber unmöglich, vgl. Cosack II § 276, 1; Dernburg, Bürg. R. IV § 11 Anm. 7 S. 39.

[3]) Daß ein gerichtlicher Vergleich nicht als Form genügen kann, ist selbstverständlich und vom Reichsgerichte besonders festgestellt worden, Entsch. Bd. 48 Nr. 42 S. 191.

solle. Deswegen ist der Schwerpunkt in die Erklärung der Brautleute selber verlegt.[1])

Die Bestimmung, daß der Standesbeamte zur Entgegennahme der Erklärung bereit sein muß, will nur die Eheschließung vor einem widerstrebenden Standesbeamten unmöglich machen, wie sie auch nach katholischem Kirchenrecht vor einem widerstrebenden Pfarrer bekanntlich unmöglich ist.[2])

Soweit reicht die Muß-Vorschrift des B.G.B. Weitere Erfordernisse aber sind nun in Soll-Vorschriften, in instruktionellen Vorschriften aufgestellt.

a) Nach § 1316 soll ein Aufgebot vorausgehen, gerade wie nach bisherigem Recht, ausgenommen wenn Krankheit einen Aufschub nicht gestattet. Die genaueren Bestimmungen über das Aufgebot, die wir im Personenstandsgesetz haben, bleiben auch in Zukunft maßgebend. Darum ist dies Erfordernis in § 1316 so kurz abgemacht.

b) Kraft Ordnungsvorschrift ist die Befragung jedes einzelnen Verlobten durch den Standesbeamten, ob er die Ehe mit dem andern eingehen will, erforderlich.[3]) Weiter Bejahung der Frage durch die Verlobten und Ausspruch des Standesbeamten, daß die Verlobten nunmehr *kraft dieses Gesetzes* rechtmäßig verbundene Eheleute seien.

Die durch den Druck hervorgehobenen Worte, die der Standesbeamte sprechen soll, sind eine Neuerung, die der Reichstag dem Zentrum zugestanden hat. Dadurch sollte ausgedrückt werden, daß die Verlobten vom Standpunkt eines anderen Gesetzes, des kirchlichen Gesetzes, unabhängig von der civilen Eheschließung Eheleute werden. „Kraft dieses Gesetzes" bedeutet also „kraft des B.G.B." und die Worte, daß sie nunmehr rechtmäßig verbundene Eheleute seien,[4]) besagen, daß nicht der Standesbeamte sie dazu gemacht habe, sondern ihre eigene Erklärung.

---

[1]) Der Herausgeber erinnert sich noch, daß deshalb Eck ihm gegenüber einmal den Gebrauch des Wortes „Trauung" für die standesamtliche Tätigkeit als veraltet und unpassend rügte.

[2]) Man muß hierbei auch noch das Widerstreben von der unbefangenen unvorbereiteten Entgegennahme der Erklärung unterscheiden. Auch diese genügt nach B.G.B. nicht. Darin weicht das B.G.B. vom kanonischen Recht ab, das eine bloß passive Assistenz für genügend hielt. Dernburg, Bürg. R. IV § 11 Anm. 8 S. 40.

[3]) Nicht zu verwechseln mit der schon oben erwähnten Bereitwilligkeit zur Annahme der Parteierklärungen.

[4]) d. h. es nicht erst durch den Ausspruch des Standesbeamten werden sollen.

Eine weitere Soll-Vorschrift ist die Zuziehung zweier Solennitätszeugen, die nicht minderjährig und nicht der Ehrenrechte verlustig sind (§ 1318 Abs. 1).

c) Die Ehe ist in das Heiratsregister einzutragen (§ 1318 Abs. 3).[1])

d) Die Zuständigkeit des Standesbeamten verlangt § 1320 Abs. 1. Damit der Standesbeamte der zuständige sei, ist nach § 1320 Abs. 2 notwendig, daß in seinem Bezirk einer der Verlobten seinen Wohnsitz oder doch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.[2]) Die Staatsangehörigkeit ist also gleichgiltig.

§ 1321 fügt noch hinzu, was schon das bisherige Recht gestattet, daß mit schriftlicher Ermächtigung des zuständigen Standesbeamten auch ein anderer als Stellvertreter fungieren kann.

Unter mehreren zuständigen Standesbeamten hat das Brautpaar die Wahl (§ 1320 Abs. 4).

Auch wenn keiner der Verlobten im Inlande seinen Wohnsitz hat, aber einer wenigstens ein Deutscher ist, soll die Eheschließung nach § 1320 Abs. 3 doch ermöglicht werden. Dann wird der zuständige Standesbeamte von der obersten Aufsichtsbehörde des Bundesstaates, dem der Deutsche angehört, und wenn er keinem Bundesstaate angehört, von dem Reichskanzler bestimmt.

Es wiederholt sich öfters im B.G.B. die Wendung „wenn ein Deutscher keinem Bundesstaat angehört". Im allgemeinen ist man freilich Deutscher durch die Zugehörigkeit zu einem Bundesstaat. Aber bei deutschen Schutzgebieten gilt eine Ausnahme durch § 6 des Gesetzes vom 15. Mai 1888. Hiernach kann jemand Deutscher sein, ohne einem Bundesstaat anzugehören.

Aber diese Vorschriften sind nur Ordnungsvorschriften. Giltig ist also eine Ehe auch bei Unzuständigkeit des Standesbeamten, ja sogar dann, wenn als Standesbeamter jemand auftritt, der das Amt nur öffentlich ausübt, ohne es von Rechts wegen zu haben. Dabei ist die Möglichkeit vorhanden, daß er sogar nicht als Standesbeamter bestellt ist. Das ist in der Praxis öfters vorgekommen; z. B. der Bürgermeister

[1]) Näheres enthält Dernburg, Bürg. R. IV § 12.

[2]) Daß hierzu auch der Badeort gehört, wird wohl von Schmidt zu § 1321 mit Recht bestritten. Dem Aufenthalt darf nach dem Zwecke der Vorschrift eine blos vorübergehende Natur nicht anhaften. A. M. Dernburg, Bürg. R. IV § 10 Anm. 4 S. 35. Dieser Zweck ist freilich nicht ganz zweifellos.

einer kleinen Stadt, dessen Vorgänger Standesbeamter gewesen war, hatte, ohne zum Standesbeamten ernannt worden zu sein, Ehepaare zusammengesprochen. Möglich ist ferner, daß er außerhalb seines Bezirkes fungiert.[1])

Diese Mängel machten die Ehe nach bisherigem Recht nichtig. Es gibt berühmte Fälle von dem Ende der Stadt Berlin, wo verschiedene Gemeinden sich ineinander schieben, Charlottenburg, Schöneberg usw. Ein für Berlin bestellter Standesbeamter übte einmal seine Tätigkeit in der Kurfürstenstraße auf der Nordseite, die zu Berlin gehört, aus und hatte seine Wohnung schräg gegenüber auf der Südseite, die zu Charlottenburg gehört. Eines Tages, als er morgens in sein Amtslokal gehen wollte, fühlte er sich sehr unwohl und sein Arzt sagte ihm, er dürfe bei dem rauhen Ostwind nicht hinübergehen. Mehrere Brautpaare, die in seinem Amtslokal warteten, ließ er zu sich hinüberkommen und sprach die Paare in seiner Wohnung, also in Charlottenburg, zusammen. Diese Eheschließungen waren alle[2]) nichtig, weil er nicht der zuständige Standesbeamte war. Ähnlichen Vorkommnissen soll durch die Bestimmung des § 1320 vorgebeugt werden.

5. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe. (§§ 1322—1347).

§ 48.

Professor Buhl: Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe. Heidelberg 1899 in der Festschrift der Heidelberger Fakultät für Professor Immanuel Bekker zu seinem 50jährigen Doktorjubiläum.[3])

[1]) Nach dem Vorbilde des parochus putativus Dernburg, Bürg. R. IV § 10 S. 36. Das alles ist aber keineswegs zweifellos, wenn sich eine Behörde, z. B. ein ausländischer Konsul, Eheschließungsbefugnisse anmaßt, die ihr nicht zukommen, wie das tatsächlich nach Mitteilungen eines Praktikers in der Rheinprovinz vorgekommen ist. Dort wurde der Tatbestand einer Eheschließung in solchem Falle und mit ihm der Vorwurf der Bigamie bei einer neuen Eheschließung eines der Beteiligten verneint, weil hier nicht das Amt des Standesbeamten ausgeübt war, sondern nur die Befugnisse dieses Amtes einem anderen Amte beigelegt worden waren. Dem Wortlaut des Gesetzes entspricht dies freilich, nicht aber seiner naheliegenden analogen Anwendung.

[2]) nach älterem Rechte.

[3]) Vgl. auch O. Fischer in Iherings Jahrb. Bd. 29 S. 238 und des Herausgebers oben S. 357 Anm. 2 angeführten Vortrag. Dernburgs scharfe Kritik der

Die Ehehindernisse werden im B.G.B. zwar nicht, wie man erwarten möchte, in trennende und bloß aufschiebende eingeteilt. Aber dieser Unterschied ergibt sich ganz von selber aus den Klagen, die das B.G.B. den einzelnen Hindernissen beilegt.[1])

Zunächst sind trennende Ehehindernisse, impedimenta dirimentia, diejenigen, welche die geschlossene Ehe unwirksam machen und zwar entweder nichtig oder doch anfechtbar.

Die Nichtigkeit wird begründet durch die Hindernisse, die auf dem Wesen der Ehe und auf der öffentlichen Ordnung beruhen, durch die impedimenta dirimentia publica.[2]) Diese können nicht bloß von jedem Ehegatten, sondern auch vom Staatsanwalt und von verschiedenen dritten Interessenten[3]) geltend gemacht werden (§ 632 C.P.O.).

Die fünf Gründe solcher Nichtigkeit sind erschöpfend in den §§ 1324—1328 angegeben.

---

subtilen Bestimmungen des B.G.B. über diesen Rechtszweig (Bürg. R. IV 20, 1 S. 62) wird viel Zustimmung finden.

[1]) Nur solche, die derartige Klagen nach sich ziehen, sind trennende, die andern bloß aufschiebende, jedoch nur in der Regel; denn eine dritte Klasse sind solche Mängel, die die Ehebegründung nicht bloß aufschieben, sondern völlig ausschließen, z. B. Abwesenheit einer Partei. Sie hindern nicht die Kraft eines Eheschließungsaktes, sondern lassen diesen garnicht zu stande kommen, vgl. Fischer, Jahrb. f. Dogm. Bd. 29 S. 293. In der Regel rechnet man solche Mängel nur in der Volkssprache, nicht in der juristischen Redeweise zu den Ehehindernissen. Hierher gehört jede scheinbare Ehe, der auch nicht einmal ein nichtiger Eheschließungsakt zu Grunde liegt, z. B. die Verheiratung eines Mannes mit einem als Frauenzimmer verkleideten andern Manne. Hier kann jeder Beteiligte sich ohne vorheriges Nichtigkeitsverfahren anderweitig verheiraten, vgl. des Herausgebers Vortrag (S. 357 Anm. 2) und allg. Teil S. 429. Dies matrimonium omnino non existens bezeichnet Dernburg (Bürg. R. IV § 20 S. 63) als „Nichtehe" (so schon im pr. Privatrechte III § 8 Anm. 1). Er beschränkt aber diese scheinbare und nicht einmal nichtige Ehe (m. E. ohne Not) auf Fälle der gewollten Ehe, also eines mißglückten Eheschließungsversuches, und rechnet dazu auch die bloße Gewissensehe, bei der die Parteien eine Ehe im juristischen Sinne des Wortes überhaupt nicht wollen, also auch nicht einmal eine scheinbare Ehe vorliegt. — Die übliche Gleichstellung der nichtigen Ehe mit der gar nicht vorhandenen würde nur dann möglich sein, wenn das Gesetzbuch an die erstere keine Folgen angeknüpft hätte. Bekanntlich ist aber das Gegenteil der Fall; vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 20 Anm. 2 S. 62.

[2]) Das pr. Landrecht sprach von Ungiltigkeit im Gegensatze zur Nichtigkeit (A.L.R. II, 1 § 939 ff.) in einem ähnlichen Sinne, nicht genau in demselben Sinne. Unterscheidungsmerkmal war die Heilbarkeit des Mangels.

[3]) Diese sind in § 632 näher angegeben.

Dagegen begründen bloße Anfechtbarkeit diejenigen Hindernisse, die nur das Interesse eines Gatten wahren sollen. Die entsprechen also den gemeinrechtlichen impedimenta dirimentia privata. Daher können sie auch nur von seiten dieses einen Gatten geltend gemacht werden. Sie sind erschöpfend aufgezählt in den §§ 1331—1335 und 1350.

Dabei ist sehr bemerkenswert, daß das B.G.B. hier von seinem sonstigen Sprachgebrauch abweicht, indem es nämlich diese trennenden Ehehindernisse großenteils mit den Worten einführt „eine Ehe darf nicht geschlossen werden". So heißt es z. B. im § 1309 „niemand darf eine Ehe eingehen", und § 1310 „eine Ehe darf nicht geschlossen werden" usw. Sonst nun bedeutet das Wort „darf nicht" keineswegs Unwirksamkeit des verbotenen Aktes, sondern nur Eintritt von Rechtsnachteilen für denjenigen, der den Akt vornimmt. Hier aber hat dasselbe Wort einen stärkeren Sinn. Es ist damit entweder Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit verbunden. Planck[1]) sagt bei der Rechtfertigung dieser Abweichung vom gewöhnlichen Sprachgebrauch, das könne hier nicht irre führen, weil eben in den fünf erwähnten Paragraphen die Nichtigkeitsgründe erschöpfend aufgezählt worden sind und in den anderen fünf Paragraphen die Anfechtungsgründe. Hiernach ergäben sich natürlich alle anderen Hindernisse als bloß aufschiebende, als bloße impedimenta prohibentia, die zwar der Zulassung zur Ehe entgegenstehen, aber die einmal geschlossene Ehe unberührt lassen.

Dieser letzteren Art sind vor allem die aus bloßen Soll-Vorschriften entspringenden, also vor allen Dingen der Mangel des Aufgebots (§ 1316). Ferner der Mangel der elterlichen Einwilligung (§§ 1305 und 1306). Weiter auch jenes vorher besprochene Hindernis der außerehelichen Verschwägerung (§ 1310 Abs. 2). Ferner das Hindernis des Adoptivverhältnisses (§ 1311), die Wartefrist der gewesenen Ehefrau (§ 1313), die Notwendigkeit einer Auseinandersetzung (§ 1314) und eines staatlichen Konsenses (§ 1315).

Bemerkenswert aber ist, daß auch der Mangel der Ehemündigkeit nach § 1303 ein bloß aufschiebendes Hindernis ist. Die Ehe eines 17jährigen Mannes, der noch nicht volljährig ist und es nicht sein kann, oder eines 14jährigen resp. 15jährigen Mädchens kann gültig sein, wenn jenes aufschiebende Hindernis[2]) überwunden ist. Freilich

[1]) Vorbemerkung II zu Titel 3 S. 42 ff.

[2]) Durch den Eheschließungsakt.

sind nun diese Personen zugleich nur beschränkt geschäftsfähig, so daß sie der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters bedürfen. Der Mangel dieser Einwilligung ist Anfechtungsgrund, also impedimentum dirimens privatum. Aber wenn der gesetzliche Vertreter eines solchen Jünglings oder Mädchens eingewilligt hatte, z. B. die uneheliche Mutter zur Ehe ihrer 14jährigen oder 15jährigen Tochter, und nun die Tochter durch einen gefälschten Geburtsschein sich dem Standesbeamten als 16jährig legitimiert hat, dann kommt ihre Ehe durch den Abschluß vor dem Standesbeamten gültig zu stande und ist für sie selbst und jeden anderen unangreifbar, denn die Ehemündigkeit ist nicht unter den Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründen erwähnt.[1])

Anders steht es nach dem bisherigen gemeinen und preußischen Recht. Allerdings gibt es einige Partikularrechte, die ebenfalls schon die Bestimmung haben, daß der Mangel der Ehemündigkeit ein bloß aufschiebendes Hindernis, nicht ein trennendes ist.

Im Gegensatz zu diesen aufschiebenden Hindernissen sind trennende:

a) Verletzung der wesentlichen Formvorschriften (§ 1324). Indessen kann der Fehler durch Eintragung der Ehe in das Heiratsregister und zehnjährige Dauer der Ehe ausgeglichen, geheilt werden.[2]) Es ist also der Mangel der wesentlichen Form ein heilbarer Mangel.[3]) Nur wenn die Ehe nicht eingetragen war, gibt es keine Heilung mehr.

b) Geschäftsunfähigkeit, z. B. Geisteskrankheit u. dergl. Aber auch Bewußtlosigkeit und momentane Geistesstörung eines Gatten zur Zeit der Eheschließung ist Nichtigkeitsgrund, trennendes Hindernis (§ 1325). Auch hier gibt es eine Heilung durch Bestätigung nach Hebung des Hindernisses. Wenn der Geisteskranke, nachdem er zur Vernunft gekommen ist, seine Ehe bestätigt, ist sie als von Anfang an gültig anzusehen.

c) Drittes impedimentum dirimens publicum ist die Doppelehe, wie man kurz zu sagen pflegt, aber doch nur, wenn ein

[1]) Die Seltenheit solcher Fälle entschuldigt die Vorschrift, die auch aus dem Streben, Ehen möglichst aufrecht zu erhalten, gerechtfertigt werden kann.

[2]) Vgl. hierzu das unten über § 1329 Gesagte. Ob ein praktisches Bedürfnis zu dieser Vorschrift über einen höchst seltenen Fall vorlag, ist zweifelhaft.

[3]) Wenn die Parteien „als Ehegatten“ zusammengelebt haben, d. h. im Glauben verheiratet zu sein, nicht etwa bloß in einem Konkubinate „wie“ Ehegatten. Sonst könnte eine den Zusammenwohnenden unbekannte Eintragung sie wider Willen in eine Ehe hineindrängen.

Teil zur Zeit der Eheschließung mit einem Dritten in einer gültigen Ehe lebte (§ 1326). Also bildet die nichtige, aber noch nicht für nichtig erklärte Ehe kein trennendes Hindernis, sondern nach § 1309 nur ein aufschiebendes. Da nach § 171 des Strafgesetzbuchs auch derjenige Bigamie begeht, der in nichtiger Ehe lebt und vor der Nichtigkeitserklärung dieser seiner Ehe eine neue schließt, so ist die Folge hiervon, daß jemand auch durch Abschluß einer gültigen Ehe das Verbrechen der Bigamie begehen kann. Denn wenn er in einer nichtigen Ehe lebte, und ehe dieselbe richterlich für nichtig erklärt ist, eine neue schließt, so ist diese neue gültig, aber er verfällt dem Staatsanwalt.[1])

d) Nach § 1327 ist auch Verwandtschaft oder Verschwägerung in den Grenzen des § 1310 Abs. 1, also nicht mit Einschluß der außerehelichen Verschwägerung,[2]) ein trennendes Ehehindernis.

e) Nach § 1328 gehört hierher auch der frühere Ehebruch der beiden Nupturienten. Aber auch hier ist wieder Heilung durch nachträgliche Befreiung möglich.

Es bleibt hinzuzufügen, daß nach § 1329 die nichtige Ehe doch nur dann ohne weiteres als eine nicht geschlossene gilt, wie sonst ein nichtiges Geschäft als nicht geschlossen gilt, wenn die Ehe ohne die Form des § 1324 (1317) geschlossen und auch nicht in das Heiratsregister eingetragen ist. Dagegen bedarf es in allen anderen Fällen einer nichtigen Ehe nach dem § 1329 erst einer Nichtigkeitsklage, wenn sie nicht schon ohnehin für nichtig erklärt oder aufgelöst ist.[3]) Also kann nur der Richter die Nichtigkeit der in das Register eingetragenen Ehe aussprechen und nicht etwa die Aufsichtsbehörde, d. h. die dem

---

[1]) Wird die alte nichtige Ehe durch die neue Eheschließung allen Dritten gegenüber ipso jure ungültig? Man wird dies annehmen müssen, während vorher die Nichtigkeit auch nicht von Dritten vor Gericht mit Erfolg hervorgehoben werden konnte. Sonst würde man hier einen Fall gesetzlich anerkannter Bigamie annehmen müssen, was schlechterdings unzulässig ist (vgl. hierzu das unten im Texte über § 1329 Gesagte).

[2]) Diese ist sehr oft nicht nachweisbar. Im Interesse der Rechtssicherheit durfte die praktische Bedeutung dieses Hindernisses nicht allzu stark gemacht werden.

[3]) Dieser kanonische Grundsatz hängt mit der Aufhebung der Scheidungsfreiheit zusammen. Die ehelich Verbundenen sollen nicht eher auseinandergehen, als bis der Richter die Gründe geprüft hat. Sonst könnten sie ihre Scheidungswünsche hinter dem Deckmantel erheuchelter Ungiltigkeitsgründe verbergen.

Standesbeamten vorgesetzte Behörde; denn eine Nichtigkeitsklage ist unerläßlich, um die einmal formell registrierte Ehe zu beseitigen.[1])

2. Die trennenden Ehehindernisse, welche Anfechtung begründen, sind wieder fünf (§§ 1330—1335 und 1350):

a) Bei beschränkter Geschäftsfähigkeit eines Gatten der Mangel der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters (§ 1331).

b) Der Irrtum eines Teils darüber, daß es sich um eine Eheschließung handle oder darüber, daß er, der irrende Teil, die Erklärung abgebe, eine Ehe schließen zu wollen (§ 1332). Mit anderen Worten, ein Irrtum darüber, daß er die Eheschließung erklärte, ohne den Willen, sie zu erklären. Nun sind ja praktische Fälle derart sehr schwer denkbar, höchstens dann, wenn etwa ein Teil kein Deutsch versteht, oder wenn er taubstumm ist oder dergl.[2]) Aber doch ist die Vorschrift sehr wichtig, weil durch diese Fassung die Berufung auf beiderseitige Simulation oder auf beiderseitigen Scherz als unzulässig ausgeschlossen ist.

Denn wenn zwei Brautleute, etwa um ihre Eltern, die zur Eheschließung drängen, zu beschwichtigen, sich dahin vereinigen, daß sie ihre Ehe bloß simulieren wollen, womöglich vor Zeugen das Gegenteil schwarz auf weiß erklären, und dann den Eheschließungswillen vor dem Standesbeamten äußern, so wollten sie doch die Eheschließung *erklären*. Wenn sie sie haben erklären wollen, so liegt auch nicht ein Irrtum darüber vor, daß sie diese Erklärung abgaben. Also ist die Ehe dann gültig. Während sonst bekanntlich ein beiderseitig simu-

---

[1]) Auch wenn gar keine Parteiverhandlungen stattgefunden haben? Oder, wenn bei den Verhandlungen der eine Teil eine zustimmende Erklärung nicht abgegeben hat? Hier fehlt wohl nicht bloß die Form, sondern die Sache selbst, die der Form bedurfte. Selbst die nichtige Ehe verlangt m. E. als Minimaltatbestand: Anwesenheit der Parteien und des Standesbeamten sowie gegenseitige Zustimmungserklärungen. Sonst muß man ein matrimonium omnino non existens annehmen, das auch nicht durch Eintragung in das Register mit der unvollkommenen Kraft der nichtigen Ehe bekleidet werden kann. Hier zeigt sich, daß die scheinbare, nicht einmal nichtige Ehe über den Kreis der Eheschließungsversuche hinausgreift. Vgl. oben S. 370 Anm. 1.

[2]) Wenn er glaubt als Zeuge mitzureden, während er in den Augen des Standesbeamten die Rolle des Bräutigams spielt (so z. B. wenn ein Zeuge denselben Vor- und Zunamen hat, daher mit dem Bräutigam verwechselt wird und der Verhandlung zustimmt).

liertes Geschäft nichtig ist, steht es bei der Ehe anders. Darum ist gerade diese Fassung gewählt worden.[1])

Häufiger ist der im § 1333 erwähnte Irrtum, der ebenfalls als Anfechtungsgrund anerkannt ist, nämlich der Irrtum über die Person des anderen Teils oder über solche persönliche Eigenschaften desselben, die den Irrenden bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würden.[2]) Nach diesem viel umstrittenen § 1333 sollen der error in persona, der sehr selten vorkommt (z. B. bei einem Blinden ist er möglich), und der praktisch wichtigste Irrtumsfall, der error in qualitate personae, wenn dieser Irrtum in personam redundat,[3]) Anfechtungsgründe bilden, ähnlich wie im Pr. A.L.R. § 40 II, 1. Die Eigenschaft der Person braucht nicht eine solche zu sein, wie sie im allgemeinen Teil bei Geltendmachung des Irrtums über Eigenschaften erforderlich ist, nämlich eine solche, die im Verkehr als wesentlich gilt. Aber die Eigenschaft, über die ein Teil irrt, muß doch eine solche gewesen sein, deren Kenntnis den Irrenden nicht bloß subjektiv, sondern auch objektiv verständigerweise bestimmt haben würde, die Ehe nicht abzuschließen.[4]) Solche persönliche Eigenschaften sind nun unstreitig gewisse körperliche und sittliche, wie z. B. Mangel der Jungfräulichkeit der Braut, die Impotenz des Mannes, eine ekelhafte Krankheit des andern Teils u. dgl. m. Im Planckschen Kommentar[5]) ist sogar behauptet, Unfruchtbarkeit der

[1]) Anders Kipp in Windscheids Pandekten, 8. Aufl., I S. 328: „Die simulierte Eheschließung ist nichtig gemäß § 1317; denn der Ausspruch des Standesbeamten schafft nicht die Ehe." M. E. ist an Ecks Ansicht gerade nach dem Wortlaute des § 1317 festzuhalten. Es heißt dort: „erklären", nicht „beabsichtigen".

[2]) Vgl. H. Seidlmayer, Über Personen- und Eigenschaftsirrtum bei der Eheschließung nach B.G.B. in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 46 S. 183 ff.

[3]) Dies ist sehr fraglich. Der kanonistische Begriff des error qualitatis qui involvit errorum personae oder in personam redundat ist bekanntlich so zweifelhaft, daß man ihn m. E. als eine sichere Grundlage der Auslegung des B.G.B. nicht verwerten kann.

[4]) Dabei soll es jedoch nicht auf eine bloße vernünftige Beurteilung der Sachlage ankommen, wie bei andern Rechtsgeschäften, sondern auf eine Würdigung des „Wesens der Ehe", d. h. ihrer besondern Bedeutung. Vgl. des Herausgebers Gutachten für den 20. deutschen Juristentag 1899, Bd. 2 S. 96, das eine besondere Rücksicht auf die Würde der Ehe begehrte. Dem entspricht das B.G.B. Einen weniger strengen Standpunkt enthielt A.L.R. II, 1 § 40.

[5]) zu § 1333 Bem. 2a S. 58.

Frau sei eine solche Eigenschaft. Ich glaube, das geht doch zu weit.) Wann soll dann die Unfruchtbarkeit als festgestellt gelten, wenn sich nicht geradezu ein anatomisches Hindernis nachweisen läßt? Ich erinnere an die bekannte geschichtliche Tatsache, daß die Gattin Ludwig XIII., Anna von Österreich, nach 21 jähriger kinderloser Ehe Ludwig XIV. zur Welt brachte. Eine Anfechtung wegen Unfruchtbarkeit der Ehe könnte zu sehr ungerechten Ergebnissen führen. Natürlich sind nun solche Eigenschaften, deren Kenntnis bei verständiger Würdigung [2]) von der Ehe abgehalten haben würde, auch sittliche Bescholtenheit des anderen Teils, Trunksucht, leidenschaftlicher Hang zum Spiele u. dgl. m. Ob auch andere persönliche Verhältnisse ausreichen, um einen Irrtum über sie als Anfechtungsgrund gelten zu lassen, z. B. Zugehörigkeit des andern zu einem bestimmten Stande, z. B. zum Adel, zu einer Religionsgesellschaft, oder die uneheliche Abstammung des andern Teils, die Eigenschaft des andern, geschiedener Gatte zu sein usw. ist nach der Entstehungsgeschichte zu verneinen. Die Reichstagsvorlage stellte neben die persönlichen Eigenschaften auch noch persönliche Verhältnisse als Momente hin, über die ein Irrtum einen Anfechtungsgrund bilden sollte; aber der Reichstag hat diese Worte, persönliche Verhältnisse, gestrichen.

Also ist damit doch gerade ausgedrückt, daß persönliche Eigenschaften in einem engen Sinne genommen sein sollen.[3]) Eine Ver-

---

[1]) M. E. schon deshalb, weil man über Dinge nicht irren kann, die sich überhaupt der Feststellung entziehen. Gegen Planck auch Endemann II § 162 Anm. 22 und Dernburg, Bürg. R. IV § 19 S. 59.

[2]) des Wesens der Ehe, nicht bloß der besondern Bedürfnisse der Partei; vgl. oben S. 375 Anm. 4.

[3]) Sehr zweifelhaft ist hiernach der Begriff der „Eigenschaft", insbesondere in seinem Verhältnisse zu dem Begriffe der „Umstände" nach § 1334. Jedenfalls ist die weitere Bedeutung des Begriffes Eigenschaft als: „jedes, was von einer Person ausgesagt werden kann" für das Eherecht unbrauchbar (vgl. des Herausgebers Ausführungen in seiner Schrift: Der Irrtum bei nichtigen Verträgen Bd. II S. 438 ff.). So bleibt denn dem richterlichen Ermessen ein weiter Spielraum, der Widerspruch erregt hat (vgl. unten S. 379 Anm. 1). Zweifelhaft wurde z. B., ob die Tatsache, daß ein Ehemann vor zehn Jahren Päderastie getrieben hatte, als ein bloßer „Umstand", oder als „Eigenschaft" zu behandeln sei. Das Reichsgericht nahm das Letztere an; Entsch. Bd. 52 Nr. 82 S. 306 ff. Die Gründe unterscheiden m. E. nicht scharf genug zwischen der Tat und dem schlechten Rufe, der ihr folgte. Letztere ist m. E. zweifellos ein bloßer Umstand. Dagegen kann man das Schuldbewußtsein, das das Gewissen des Täters dauernd belastet, allenfalls als eine Eigenschaft be-

schuldung des Irrtums durch den Gegner des Irrenden ist keinesfalls erforderlich und andererseits auch nicht Entschuldbarkeit des Irrtums auf seiten des Irrenden. Auch wer grob fahrlässig verkennt, daß der andere Teil beschalten ist, darf trotzdem anfechten, wenn er nur über diese Eigenschaft geirrt hat.

Eine sehr wichtige Ergänzung dieses Anfechtungsgrundes wegen Irrtums über persönliche Eigenschaften tritt

c) nach § 1334 ein, wonach ein Hindernis gegeben ist, das Anfechtbarkeit bewirkt, wenn ein Gatte durch arglistige Täuschung zur Ehe bestimmt worden ist, und zwar durch Täuschung über solche Umstände, die ihm bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würden.

Hier brauchen es nicht persönliche Eigenschaften eines Teils zu sein, über die der andere getäuscht worden ist, sondern auch Tatsachen anderer Art genügen. Also hier kommt in Betracht, was ich vorher beim Irrtum ablehnte, das Vorleben eines Gatten,[1]) über das der andere getäuscht worden ist, oder eine Täuschung über den Mangel der Zustimmung der Eltern, über die Beschaltenheit der Eltern, etwa wenn jemand verheimlicht, daß sein Vater im Zuchthaus sitzt, die Mutter im Hurenhaus u. dgl. m. Das sind freilich nicht persönliche Eigenschaften von ihm, aber es sind doch Umstände, deren Kenntnis den anderen Teil wohl von der Schließung der Ehe abhalten kann. Hier kommt nun auch in Betracht Zugehörigkeit zu einem Stand, zu einer Religionsgesellschaft u. dgl. m. Immer aber ist festzuhalten, daß die Umstände objektiv geeignet gewesen sein müssen, bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von Eingehung derselben abzuhalten.

---

trachten, die ihm anhaftet. — Dieses Beispiel legt die Frage nahe, ob man nicht die subtile Unterscheidung der Eigenschaften von den Umständen hätte als entbehrlich ansehen können, nachdem man erst einmal dem richterlichen Ermessen den Schutz gegen frivole Anfechtungswünsche anvertraut hatte. Doch ist nun einmal das Gegenteil vom B.G.B. geschehen. Eine Reihe zweifelhafter Fälle siehe bei Dernburg, Bürg. R. IV § 19 S. 60. Vgl. insbesondere über Geschlechtskrankheiten Scherer, Das dritte Jahr des B.G.B., 1903, S. 344 ff. M. E. ist jede Kasuistik der erheblichen Irrtumsfälle vom Übel. Es kommt durchaus auf die besondern Persönlichkeiten, Anschauungen und Umstände an.

[1]) Abweichend das Reichsgericht, siehe die vorige Anmerkung.

Nur die Täuschung über einen Umstand soll — wie der Reichstag hineingebracht hat — nicht genügen zur Anfechtung, nämlich Täuschung über die Vermögensverhältnisse (§ 1334 Abs. 2). Das ist nun lex lata. Man kann aber nicht sagen, daß dieser Satz für alle Fälle unbedenklich wäre. Wenn ein Beamter, der Kaution zu stellen hat, ein Mädchen heiratet, die ihm vorspiegelt, daß sie die erforderlichen Mittel besitze, und er nach der Eheschließung dahinter kommt, daß dies nicht der Fall ist, und dadurch sein Amt verliert, so ist es sehr hart für ihn, daß er die Ehe nicht anfechten kann.[1]) Oder wenn ein Teil bei der Eheschließung verheimlicht, daß er enorme Schulden hat, z. B. ein Kaufmann oder Offizier, dann in Gütergemeinschaft mit der Frau lebt und nachher das ganze Vermögen derselben mit eingezogen wird in die Schuldenhaftung, so ist es wieder sehr hart, daß der über die Vermögensverhältnisse getäuschte Teil hier keine Anfechtung geltend machen kann.[2])

Die Täuschung kann nicht nur durch bloße positive Vorspiegelung, sondern auch durch pflichtwidrige Verschweigung begangen worden sein. Wie weit ein Ehegatte verpflichtet ist, seine Verhältnisse offen darzulegen, läßt sich natürlich nicht auf eine allgemeine Formel bringen, sondern hängt von der Würdigung des einzelnen Falles ab.

Es ist hervorzuheben, daß die Täuschung nach der Fassung des § 1334 nicht wie sonst nach den Regeln des allgemeinen Teils von dem andern Gatten selber begangen zu sein braucht. Aber es muß doch der andere Teil um die Täuschung wenigstens gewußt haben. § 1334 Abs. 1 Satz 2.[3])

---

[1]) Ich bin anderer Meinung, namentlich dann, wenn bereits ein Kind konzipiert oder auch nur die Jungfräulichkeit der Braut verloren gegangen ist. M. E. ist es, wie ich in dem von Eck oben (S. 357) angeführten Vortrage in Frankfurt a. M. angedeutet habe, ein Mißgriff, die beiden Fragen zu vermengen, ob die Entdeckung eines Betruges die Auflösung eines Verlöbnisses oder ob sie die Anfechtung einer schon vollzogenen Ehe rechtfertige. Der Schaden, der in beiden Fällen durch Lossagung entsteht, ist in seinem Umfange völlig verschieden. Da nun der Wille, den die Partei vor Anfechtung der Ehe für den Fall eines später entdeckten Betruges hat, doch ein lediglich fiktiver ist, so kann die Praxis durch eine richtige Betonung „des Wesens" der Ehe dieser Unterscheidung entsprechen. Dies ist wohl auch der grundsätzliche Standpunkt Dernburgs, Bürg. R. IV § 19 S. 59.

[2]) Auch hier bin ich anderer Meinung, s. die vorige Anmerkung.

[3]) Die Nichtaufklärung des Irrtums erscheint hier als „Unterdrückung einer wahren Tatsache", d. h. als Nichtberichtigung einer bekannten falschen Vorstellung.

Man darf sagen, daß hiernach die Anfechtungsgründe nicht zu weit bemessen sind, obwohl dies im Reichstage von katholischer Seite mit Energie behauptet worden ist. Namentlich wollte die Zentrumspartei die Anfechtung wegen Irrtums und wegen Täuschung weit mehr beschränken, nämlich auf den Irrtum über die Person des andern, nicht über Eigenschaften desselben, und auf eine Täuschung über persönliche Verhältnisse, nicht über andere Umstände.[1])

Aber das wäre doch wohl überstreng.[2]) Die Konsequenz wäre gewesen, daß z. B. Irrtum über Impotenz oder Beiwohnungsunfähigkeit des andern nicht genügt hätten, weil das kein Irrtum über die Person ist; ebenso ein Irrtum über eine Krankheit des andern Teils; und eine Täuschung keine Anfechtung begründet hätte, wenn sie über die Ehrlosigkeit der Eltern oder über eine erbliche Geisteskrankheit[3]) in der Familie unternommen worden wäre. Das aber sind unzweifelhaft Umstände, die nach unserer Rechtsanschauung eine Anfechtung rechtfertigen müssen.

d) Wenn ein Gatte durch widerrechtliche Drohung zur Ehe bestimmt worden ist (§ 1335), so ist die Ehe anfechtbar.[4])

e) Ein Irrtum über das Leben des für tot erklärten Gatten berechtigt jeden der beiden Gatten der neuen Ehe zur Anfechtung (§ 1350).[5])

Die Anfechtung kann nach § 1336 nicht durch einen Vertreter erfolgen. Das klingt so, als ob nicht ein Rechtsanwalt die Anfechtung erheben kann, sondern nur der Mandant persönlich.[6]) Es soll aber nur bedeuten, daß die Anfechtung nicht durch den Willensentschluß eines Vertreters erfolgen kann, wohl aber auf den Entschluß oder im Auftrag des anfechtungsberechtigten Gatten von seinem Ver-

[1]) Dieser Grundsatz stellt die Frage für die Praxis durch bestimmte Vorschriften außer Zweifel, indem er die Freiheit des richterlichen Ermessens einschränkt.

[2]) Dies ist auch meine Meinung.

[3]) Über die erbliche Geisteskrankheit ließe sich streiten. Man denke aber an betrügliche Vertuschung eigener Geisteskrankheitsanfälle der Braut oder des Bräutigams; vgl. hierzu die bei Dernburg mitgeteilte Entscheidung, Bürg. R. IV § 19 Anm. 8 S. 59.

[4]) De lege ferenda sollte auch hier gegenüber einer schon vollzogenen Ehe nur ein metus majoris mali zugelassen werden.

[5]) Vgl. Dernburg, Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung des Gatten in Guttentags Festgabe für den 26. deutschen Juristentag S. 1 ff.

[6]) Nach § 613 C.P.O. ist hier eine besondere Vollmacht nötig.

treter erklärt werden. Indessen gestattet derselbe § 1336 Abs. 2 ausnahmsweise doch eine Anfechtung durch einen Vertreter;[1]) und wenn er es versäumt hat, gestattet § 1340 sogar noch Nachholung durch den inzwischen selbständig gewordenen Ehegatten.

Die §§ 1337—1339 enthalten gewisse Beschränkungen der Anfechtung. Die Anfechtung wird nach § 1337 ausgeschlossen durch Genehmigung oder Bestätigung namentlich nach Entdeckung des Irrtums oder der Täuschung. Das folgt aus dem Wesen der Anfechtung. Nach § 1338 kommt sie durch Auflösung der Ehe in Wegfall, ausgenommen, wenn sie durch den Tod des nicht anfechtungsberechtigten Gatten aufgelöst ist.[2]) Endlich nach § 1339 durch Ablauf von sechs Monaten seit Entdeckung des Irrtums oder der Täuschung und anderen Anfangszeitpunkten, die ich nicht einzeln erörtern will.

Der Weg der Anfechtung besteht nach § 1341 in Erhebung der Anfechtungsklage. Wenn diese zurückgenommen ist, gilt die Anfechtung als nicht erfolgt. Damit ist indessen das Recht nicht erloschen; die zurückgenommene Anfechtungsklage kann nachher wiederholt werden. Das ist aus § 1341 Abs. 1 mit Sicherheit zu schließen. Aber sehr irreführend ist der sich daran anschließende Satz „Das Gleiche gilt, wenn die angefochtene Ehe, bevor sie für nichtig erklärt oder aufgelöst worden ist, nach Maßgabe des § 1337 genehmigt oder bestätigt wird". „Das Gleiche gilt" hier in sehr verschiedenen Fällen. In dem ersten der beiden Fälle ist nur die Klage zurückgenommen, kann aber wiederholt werden, in dem zweiten Falle, wenn die angefochtene Ehe genehmigt oder bestätigt ist, ist sogar das Anfechtungsrecht erloschen, und die Anfechtung kann später nicht mehr erhoben werden.[3])

Wenn der Anfechtungsgegner gestorben ist, also eine Klage gegen ihn nicht mehr erhoben werden kann, soll nach § 1342 statt dessen

---

[1]) durch den gesetzlichen Vertreter des geschäftsunfähigen Gatten mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, ebenso auch durch den Vertreter des beschränkt Geschäftsfähigen, der seine Einwilligung zur Eheschließung umgangen hat Vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 22 Anm. 4 S. 70, über die Rechte des Vormundschaftsgerichts gegen den widerspenstigen Vertreter, der die Anfechtung nicht vornehmen will.

[2]) Die Nachteile der Ehe für den andern Teil überleben den Verstorbenen.

[3]) Die Wendung: „Das Gleiche gilt" bezieht sich m. E. nicht auf § 1341 Abs. 1, sondern nur auf Abs. 2 Satz 1. Bei dieser Deutung kann sie nicht beanstandet werden.

eine Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht erfolgen,[1]) und das Nachlaßgericht soll die Anfechtungserklärung denen, die bei Gültigkeit der Ehe, und denen, die bei Nichtigkeit der Ehe Erben des Verstorbenen sind, mitteilen.

Die Wirkung der Anfechtung ist nach § 1343 Nichtigkeit der Ehe mit rückwirkender Kraft bis auf den Anfang der Ehe, also die Ehe wird rückwärts wieder aufgelöst.

Diese Wirkung entspringt auch schon aus der Klageerhebung.[2]) Aber freilich wird erst durch das Urteil die Wirkung festgestellt. Das Urteil wirkt deklaratorisch. Das Urteil macht nicht die Ehe nichtig, aber es stellt erst bindend fest, daß durch die Klageerhebung die Anfechtung ausgeführt und damit die Ehe bereits anulliert war. Eben darum ist nach demselben § 1343 Abs. 2 untersagt, vor dem richterlichen Ausspruch die Nichtigkeit anderweit zu verfolgen, weil bis zur richterlichen Deklaration die Wirkung der Klageerhebung noch nicht entschieden ist.

Die Tragweite dieser durchgeführten Anfechtung ist nun eine ungeheuere, die man im ersten Augenblick gar nicht übersieht. Da es rechtens ist, daß die Ehe gar nicht bestanden hat, war jeder geschlossene Ehevertrag nichtig, ein gemeinsames Testament, das die Gatten errichtet haben, ist nichtig usw.[3]) Die Auseinandersetzung der Gatten, welche die nun annullierte Ehe geschlossen haben, kann nunmehr nicht nach dem ehelichen Güterrecht erfolgen; denn sie haben ja gar nie geheiratet, sondern nur nach den Regeln des Obligationsrechts.[4]) Es gibt auch kein Ehegatten-Erbrecht, keine Unterhaltungspflicht u. dgl. m., und streng genommen müßten auch die Kinder aus der angefochtenen Ehe uneheliche sein. Aber hier hilft § 1699 nach, indem sie als Kinder aus einer Putativehe im allgemeinen die Rechte ehelicher haben.

[1]) mit Anfechtungskraft. Wird die Nichtigkeit des Anfechtungsgrundes bestritten, so kommt es zu einem Streite nicht darüber, ob die Ehe mit Rückrechnung auf den Anfang aufgehoben worden, sondern darüber, ob sie durch die Anfechtungserklärung in dieser Weise aufgehoben worden ist.

[2]) Eck will damit nur eine rein theoretische Betrachtung anstellen, nicht aber etwa die Folgen der durchgeführten Anfechtung auf den Augenblick der Klageerhebung zurückbeziehen. Siehe den folgenden Text.

[3]) Anderweitige Folgerungen für den Namen der Gattin und ihren Wohnsitz will Dernburg, Bürg. R. IV § 21 Anm. 6, ablehnen. Leider genügt m. E. gegenüber der klaren Vorschrift der Nachweis ihrer Unbilligkeit nicht dazu, um sie aus der Welt zu schaffen.

[4]) Aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung.

treter erklärt werden. Indessen gestattet derselbe § 1336 Abs. 2 ausnahmsweise doch eine Anfechtung durch einen Vertreter;[1]) und wenn er es versäumt hat, gestattet § 1340 sogar noch Nachholung durch den inzwischen selbständig gewordenen Ehegatten.

Die §§ 1337—1339 enthalten gewisse Beschränkungen der Anfechtung. Die Anfechtung wird nach § 1337 ausgeschlossen durch Genehmigung oder Bestätigung namentlich nach Entdeckung des Irrtums oder der Täuschung. Das folgt aus dem Wesen der Anfechtung. Nach § 1338 kommt sie durch Auflösung der Ehe in Wegfall, ausgenommen, wenn sie durch den Tod des nicht anfechtungsberechtigten Gatten aufgelöst ist.[2]) Endlich nach § 1339 durch Ablauf von sechs Monaten seit Entdeckung des Irrtums oder der Täuschung und anderen Anfangszeitpunkten, die ich nicht einzeln erörtern will.

Der Weg der Anfechtung besteht nach § 1341 in Erhebung der Anfechtungsklage. Wenn diese zurückgenommen ist, gilt die Anfechtung als nicht erfolgt. Damit ist indessen das Recht nicht erloschen; die zurückgenommene Anfechtungsklage kann nachher wiederholt werden. Das ist aus § 1341 Abs. 1 mit Sicherheit zu schließen. Aber sehr irreführend ist der sich daran anschließende Satz „Das Gleiche gilt, wenn die angefochtene Ehe, bevor sie für nichtig erklärt oder aufgelöst worden ist, nach Maßgabe des § 1337 genehmigt oder bestätigt wird". „Das Gleiche gilt" hier in sehr verschiedenen Fällen. In dem ersten der beiden Fälle ist nur die Klage zurückgenommen, kann aber wiederholt werden, in dem zweiten Falle, wenn die angefochtene Ehe genehmigt oder bestätigt ist, ist sogar das Anfechtungsrecht erloschen, und die Anfechtung kann später nicht mehr erhoben werden.[3])

Wenn der Anfechtungsgegner gestorben ist, also eine Klage gegen ihn nicht mehr erhoben werden kann, soll nach § 1342 statt dessen

---

[1]) durch den gesetzlichen Vertreter des geschäftsunfähigen Gatten mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, ebenso auch durch den Vertreter des beschränkt Geschäftsfähigen, der seine Einwilligung zur Eheschließung umgangen hat Vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 22 Anm. 4 S. 70, über die Rechte des Vormundschaftsgerichts gegen den widerspenstigen Vertreter, der die Anfechtung nicht vornehmen will.

[2]) Die Nachteile der Ehe für den andern Teil überleben den Verstorbenen.

[3]) Die Wendung: „Das Gleiche gilt" bezieht sich m. E. nicht auf § 1341 Abs. 1, sondern nur auf Abs. 2 Satz 1. Bei dieser Deutung kann sie nicht beanstandet werden.

eine Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht erfolgen,[1]) und das Nachlaßgericht soll die Anfechtungserklärung denen, die bei Gültigkeit der Ehe, und denen, die bei Nichtigkeit der Ehe Erben des Verstorbenen sind, mitteilen.

Die Wirkung der Anfechtung ist nach § 1343 Nichtigkeit der Ehe mit rückwirkender Kraft bis auf den Anfang der Ehe, also die Ehe wird rückwärts wieder aufgelöst.

Diese Wirkung entspringt auch schon aus der Klageerhebung.[2]) Aber freilich wird erst durch das Urteil die Wirkung festgestellt. Das Urteil wirkt deklaratorisch. Das Urteil macht nicht die Ehe nichtig, aber es stellt erst bindend fest, daß durch die Klageerhebung die Anfechtung ausgeführt und damit die Ehe bereits annulliert war. Eben darum ist nach demselben § 1343 Abs. 2 untersagt, vor dem richterlichen Ausspruch die Nichtigkeit anderweit zu verfolgen, weil bis zur richterlichen Deklaration die Wirkung der Klageerhebung noch nicht entschieden ist.

Die Tragweite dieser durchgeführten Anfechtung ist nun eine ungeheuere, die man im ersten Augenblick gar nicht übersieht. Da es rechtens ist, daß die Ehe gar nicht bestanden hat, war jeder geschlossene Ehevertrag nichtig, ein gemeinsames Testament, das die Gatten errichtet haben, ist nichtig usw.[3]) Die Auseinandersetzung der Gatten, welche die nun annullierte Ehe geschlossen haben, kann nunmehr nicht nach dem ehelichen Güterrecht erfolgen; denn sie haben ja gar nie geheiratet, sondern nur nach den Regeln des Obligationsrechts.[4]) Es gibt auch kein Ehegatten-Erbrecht, keine Unterhaltungspflicht u. dgl. m., und streng genommen müßten auch die Kinder aus der angefochtenen Ehe uneheliche sein. Aber hier hilft § 1699 nach, indem sie als Kinder aus einer Putativehe im allgemeinen die Rechte ehelicher haben.

[1]) mit Anfechtungskraft. Wird die Nichtigkeit des Anfechtungsgrundes bestritten, so kommt es zu einem Streite nicht darüber, ob die Ehe mit Rückrechnung auf den Anfang aufgehoben worden, sondern darüber, ob sie durch die Anfechtungserklärung in dieser Weise aufgehoben worden ist.

[2]) Eck will damit nur eine rein theoretische Betrachtung anstellen, nicht aber etwa die Folgen der durchgeführten Anfechtung auf den Augenblick der Klageerhebung zurückbeziehen. Siehe den folgenden Text.

[3]) Anderweitige Folgerungen für den Namen der Gattin und ihren Wohnsitz will Dernburg, Bürg. R. IV § 21 Anm. 6, ablehnen. Leider genügt m. E. gegenüber der klaren Vorschrift der Nachweis ihrer Unbilligkeit nicht dazu, um sie aus der Welt zu schaffen.

[4]) Aus dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung.

Diese gewaltige Wirkung der durchgeführten Anfechtung und die Wirkungen, die natürlich erst recht bei Nichtigkeit der Ehe eintreten, sind durch einige Paragraphen gemildert:

1. Redliche Dritte genießen nach § 1344 Schutz für solche Rechtsgeschäfte, die sie mit einem der Gatten vorgenommen haben, und für rechtskräftige Urteile, die sie im Prozeß mit einem der Gatten der nichtigen oder anfechtbaren Ehe erstritten haben. Ein Einwand aus der Nichtigkeit der Ehe wirkt also gegen Dritte nur dann, wenn sie dieselbe beim Abschluß des Geschäfts oder beim Eintritt der Rechtshängigkeit kannten. Nur dann, wenn die Ehe kraft Formmangels nichtig und auch nicht einmal eingetragen war, wenn also der Prozeßgegner durch Einsicht in das Heiratsregister sich vom Nichtbestande der Ehe überzeugen konnte, ist die Nichtigkeit der Ehe auch gegen den Dritten ohne jede Beschränkung geltend zu machen.[1] [2]

2. Die zweite Milderung ist in den §§ 1345—1347 zu gunsten des gutgläubigen Gatten enthalten. Wenn der eine Gatte den Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund kannte, in mala fide war, der andere aber nicht, so kann der letztere die Rechte in Anspruch nehmen, die ein geschiedener Gatte gegen den für allein schuldig erklärten Teil hat (§ 1345).[3]

[1] In dieser interimistischen Wirkung der nichtigen Ehe nach außen hin zeigt sich eine Annäherung des Rechts der Nichtigkeitserklärung an das Recht der Scheidung, die grundsätzlich nicht zurückwirkt. Doch wird nicht etwa dieses Recht hier in jedem Punkte hergestellt, auch nicht einmal den Dritten gegenüber; vgl. Pland 2 u. 3 zu § 1314 und Dernburg, Bürg. R. IV § 21 Anm. 7.

[2] Man möchte hiernach und nach §§ 1324, 1329 die Frage aufwerfen, ob die der Form entbehrende, nicht einmal eingegangene Ehe überhaupt zu den nichtigen (d. h. zunächst nicht völlig wirkungslosen) Ehen gehöre und nicht vielmehr zu den sogleich völlig wirkungslosen Scheinehen (matrimonia omnino non existentia); vgl. oben S. — Anm. —. Allein dagegen spricht nicht bloß die Redeweise des B.G.B., die sie als „nichtige" bezeichnet, sondern auch § 1309, der sie alles Ernstes als nichtige behandelt, indem er ihnen die Kraft gibt, anderweitige Eheschließungen zunächst zu verhindern. Wir haben also hier ein eigentümliches Zwittergebilde zwischen den matrimonia omnino non existentia und den matrimonia tantum vitiosa vor uns, d. h. Ehen, die in gewisser Hinsicht gar nicht, in anderer Hinsicht aber doch in unvollkommener Weise existieren.

[3] Auch in diesem Punkte ist die richterliche Nichtigkeitserklärung einer Scheidung mit rückwirkender Kraft sehr nahe gerückt. Es fragt sich, ob sie nicht überhaupt als solche hätte geregelt werden können. Vgl. hierzu auch Dernburg, Bürg. R. IV § 21 S. 68 über den Fall, daß beide Gatten gutgläubig oder bösgläubig waren.

Ähnliches kann nach § 1346 der durch widerrechtliche Drohung bestimmte Gatte bei Durchführung seines Anfechtungsrechtes verlangen. Im Falle des Irrtums kann dies der Gegner des Irrenden verlangen, wenn er, der Gegner, nicht seinerseits den Irrtum kannte oder kennen mußte. Die Beweisaufnahme, ob der Gegner den Irrtum des anderen Nupturienten kannte oder kennen mußte, kann in der Praxis zu mancherlei Schwierigkeiten führen. Wenn z. B. die Frau wegen Impotenz des Mannes die Ehe anficht, kann der Mann die Rechte des unschuldig geschiedenen Gatten gegen die Frau geltend machen, ausgenommen, wenn er wußte oder wissen mußte, daß die Frau ihn für zeugungsfähig hielt. Wenn umgekehrt der Mann wegen Irrtum über den Mangel der Jungfräulichkeit der Braut die Ehe anficht, gilt entsprechend, daß nun der Gegner des Irrenden, also die Frau, die Rechte der unschuldig geschiedenen Gattin geltend machen kann, ausgenommen, wenn sie den Irrtum des Mannes kannte oder kennen mußte.[1])

Das Recht, die Stellung des unschuldig verurteilten Gatten in Anspruch zu nehmen, und das Recht, die volle Nichtigkeit geltend zu machen, schließen sich nach § 1347 gegenseitig aus. Hatte also der eine der Gatten eines der beiden Rechte gewählt, dann ist das andere Recht von selbst erloschen. Um Klarheit darüber herbeizuführen, gestattet § 1347 auch dem andern Teil, den berechtigten Ehegatten binnen einer angemessenen Frist aufzufordern, ob er das eine oder andere Recht geltend machen will.

6. Wiederverheiratung.

§ 49.

Die Materie ist allerdings nur nach bestimmten Richtungen in den §§ 1348—1352 im B.G.B. behandelt.

Im allgemeinen ist natürlich nach Auflösung einer ersten Ehe durch den Tod des andern Teils oder durch Scheidung die Wiederverheiratung ganz unbedingt zulässig und gültig. Eine solche Wiederverheiratung ist auch zulässig und gültig im Falle der Todeserklärung des anderen Teiles, selbst wenn dieser für tot erklärte Teil noch lebt. Ja, die zweite Ehe, die der zurückgebliebene Gatte des für tot erklärten

[1]) Mädchen von gutem Rufe müssen im Zweifel annehmen, daß ihr Bräutigam an die Berechtigung dieses Rufes glaube.

geschlossen hat, bleibt gültig auch dann, wenn die Todeserklärung angefochten und aufgehoben wird (§ 1348 Abs. 2). Nur freilich darf die neue Ehe nicht erst dann eingegangen werden, wenn schon die Aufhebungs- oder Anfechtungsklage wider die Todeserklärung stattgefunden hat (§ 1349).

Die einzige Ausnahme von der Auflösung der ersten Ehe zwischen dem für tot erklärten und dem zurückgebliebenen Gatten bildet der Fall, daß die beiden Gatten der neuen Ehe um die Unrichtigkeit der Todeserklärung wußten.[1])

Wenn der zurückgebliebene Gatte des für tot Erklärten eine neue Ehe geschlossen hat, so kann jeder Gatte der neuen Ehe diese binnen sechs Monaten anfechten. Und wenn dann infolge seiner Anfechtung die neue Ehe für nichtig erklärt ist, muß, obwohl das B.G.B. das nicht sagt, doch die alte Ehe zwischen dem Zurückgebliebenen und dem für tot Erklärten, der noch lebt, von selber wieder in Kraft treten; denn der Grund, durch den sie aufgelöst war, ist beseitigt. Das ist angenommen mit Rücksicht auf das katholische Dogma von der Unauflösbarkeit und dem sakramentalen Charakter der Ehe.

Dagegen hat der für tot erklärte, aber noch lebende Gatte seinerseits nicht das Recht, die Anfechtung der neuen Ehe zu betreiben oder zu verhindern. Er muß abwarten, ob einer der beiden Gatten sich zur Anfechtung entschließt. Ficht der Gatte des tot Geglaubten die neue Ehe an, so hat er dem Gatten der neuen Ehe nach den Regeln über die Scheidung Unterhalt zu gewähren (§ 1351). Auch wenn die erste Ehe aufgelöst bleibt, muß die Frau der ersten Ehe dem Manne einen Beitrag zur Unterhaltung der mit ihm gemeinsam erzeugten Kinder leisten (§ 1352).

7. Ehescheidung. (§§ 1564—1587.)

§ 50.

Literatur: 1. Hugo Walter, Das Recht der Ehescheidung nach dem B.G.B., 1897, eine ungewöhnlich tüchtige Erlanger Doktor-Dissertation.

[1]) Vgl. Dernburgs oben (S. 379 Anm. 5) angeführte Abhandlung. Von großer Bedeutung für das Verständnis dieses Rechtszweiges ist die Verschiedenheit des Standpunkts, den die neue Gesetzgebung im Gegensatze zu dem kanonischen Rechte einnahm, vgl. über sie Dernburg, Bürg. R. IV § 24 S. 72.

2. Stephan Gerhard, Die Ehescheidungsgründe des B.G.B. und ihre rückwirkende Kraft (Veröffentlichungen des Berliner Anwaltvereins. 1899.) [1])

Die Ehescheidung ist die Trennung der Ehe dem Bande nach, quoad vinculum. Aber neben diese stellt das B.G.B. § 1575 neu — einem Verlangen von katholischer Seite nachgebend — eine bloße Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, entsprechend der katholischen separatio a toro et mensa,[2]) natürlich mit dem praktischen Unterschied, daß bei dieser Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft eine Wiederverheiratung ausgeschlossen ist, weil die alte Ehe fortbesteht, wie das § 1586 ausdrücklich sagt. Darin ist ausgesprochen, daß alle anderen Wirkungen der Scheidung eintreten, nur die eine nicht, die Zulässigkeit der Eingehung einer neuen Ehe.

Beide Arten von Trennungen können aber nur durch richterliches Urteil erfolgen (§ 1564). Damit wollte man das in großen Teilen Deutschlands bis heute noch bestehende landesherrliche Ehescheidungsrecht beseitigen. Auch die Gründe sind für beide Arten der Trennung dieselben. Das B.G.B. erkennt mehr Trennungsgründe an, als das katholische und auch das evangelische Kirchenrecht, aber andererseits doch weniger als das Pr. A.L.R. Daher ist das Grundprinzip des B.G.B., daß ein Recht auf Scheidung für einen Gatten nur wegen schweren Verschuldens des anderen Gatten begründet wird. Ohne Verschulden genügt nur ein einziger Grund zur Ehescheidung, nämlich Geisteskrankheit. Dieser Grund fällt daher, wie man mit Recht gesagt hat, aus dem Prinzip des B.G.B. heraus. Aber was das B.G.B. dadurch an systematischer Geschlossenheit einbüßt, gewinnt es an praktischer Brauchbarkeit.[3])

[1]) Neuere Literatur s. bei Dernburg, Bürg. R. IV § 26 Anm. 1 S. 77, vgl. besonders Arthur Schmidt, Ehescheidung und richterliches Ermessen in den Gießener Festgaben für Dernburg S. 3.

[2]) Gegen diese allgemeine übliche Vergleichung das R.G. (Entsch. Bd. 48 Nr. 35 S. 148), das in dem Urteile auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nur eine suspensiv-potestativ-bedingte Scheidung sieht. Für die Zeit des Schwebens der Bedingung dürfte aber die vom Reichsgerichte angefochtene Vergleichung trotzdem zutreffen. Über die Scheidung von Ausländerehen vgl. E.G. Art. 17 Nr. 4 und dazu Entsch. d. R.G. Bd. 48 Nr. 34 S. 145.

[3]) Eck fühlt richtig heraus, daß hier das Bedürfnis nach Rechtssicherheit dem Bedürfnisse nach Schmiegsamkeit des Rechts zum Opfer gebracht wird. Zwischen

Neu ist namentlich, daß die Ehescheidungsgründe nicht, wie man es bisher immer für geboten hielt, durch abstrakte Regeln absolut abgegrenzt sind, sondern § 1568 einen bloß relativ bestimmten und sehr umfassenden Ehescheidungsgrund aufstellt, der durch die Lage des konkreten Falles bestimmt wird, und zwar wie Gerhard hervorhebt, nach dem Muster der altenburgschen Ehescheidungsordnung: „Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn der andere Gatte durch schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten oder durch ehrloses und unsittliches Verhalten eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet hat, daß dem Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugetraut werden kann." Eine solche relative Bestimmung ist freilich eine kühne gesetzgeberische Neuerung. Aber der Paragraph soll Ersatz gewähren für eine Mehrzahl von absoluten Ehescheidungsgründen, die das Pr. A.L.R. kennt, die aber für das B.G.B. als zu weitgehend befunden wurden.[1])

Unbedingte oder absolute Scheidungsgründe sind:

1. nach § 1565

a) der Ehebruch;[2])

b) die Doppelehe; und

c) die widernatürliche Unzucht des anderen Teils.[3])

Indessen liegt nach demselben Paragraphen im Ehebruch keine Verschuldung gegen den andern Gatten, wenn dieser dem Ehebruch zugestimmt oder gar daran teilgenommen hatte, der Mann z. B. selber seine Frau verkuppelt. Dann hat deswegen dieser andere Teil keine Scheidungsklage. Dagegen geht der Paragraph nicht so weit, wie die preußische Praxis, auch im Falle beiderseitigen Ehebruchs eine

---

diesen beiden unvereinbaren Zielen schwankt die Rechtsentwickelung hin und her. Ist die eine Seite scharf betont worden, wie hier und bei der Anfechtbarkeit der Ehe wegen Irrtums (vgl. oben Anm. 3 S. 376), so streben unwillkürlich Theorie und Praxis nach der vom Gesetzgeber preisgegebenen Kasuistik zurück, vgl. insbesondere das von Dernburg, Bürg. R. IV § 26 S. 83 Ausgeführte. — Bei handgreiflichen Fällen (Vergiftung u. dgl.) braucht der Richter die individuellen Verhältnisse nicht besonders hervorzuheben (Bd. 46 Nr. 40 S. 155).

[1]) Die dehnbare neue Vorschrift erklärt, weshalb die Ehescheidungsklagen unter der Herrschaft des Rechts nicht so sehr abgenommen haben, wie man gehofft hatte.

[2]) Näheres über den Tatbestand dieser Verfehlung s. Dernburg, Bürg. R. IV § 26 Anm. 3, 6.

[3]) Bei b und c ist Strafbarkeit der Tat vorausgesetzt.

Kompensation zuzulassen. Es würde also im Falle, daß die beiden Gatten Ehebruch getrieben haben, jeder von beiden auf Ehescheidung zu klagen berechtigt sein.[1])

2. Nach § 1566 liegt ein Ehescheidungsgrund für einen Gatten vor, wenn der andere ihm nach dem Leben trachtet, also bei Lebensnachstellung des andern Teils. Darunter wird man jede Betätigung der Absicht, den andern Teil zu töten, zu verstehen haben, wenn es auch nicht gerade bis zum Versuch im technischen Sinne gekommen zu sein braucht.[2])

3. Nach § 1567 der Ehescheidungsgrund der **malitiosa desertio**, der böslichen Verlassung.[3]) Während derselbe bisher verhältnismäßig leicht zu verwirklichen und zu beweisen war, ist er durch das B.G.B. ganz außerordentlich verengt und die Beweisführung für ihn erschwert worden, so daß er in der Praxis künftig wahrscheinlich eine sehr geringe Rolle spielen wird.[4]) Nämlich zur Feststellung der böslichen Verlassung gehört nach § 1567 regelmäßig ein weitläufiges Verfahren, und zwar vorherige Verurteilung des anderen Gatten zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft,[5]) und weiter Nichtbefolgung dieser Verurteilung in böslicher Absicht und gegen den Willen des anderen Gatten während eines vollen Jahres.[6]) Die Motive[7]) sagen, es solle dem Deserteur seine Rechtswidrigkeit zum Bewußtsein gebracht werden. Daraus folgt weiter, daß der getreue Gatte, gegen dessen Willen der andere dem Wiedervereinigungsbefehl nicht Folge geleistet haben soll, das ganze Jahr lang zur Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft bereit gewesen sein muß. Vor allen Dingen muß derjenige, der wegen

[1]) Auch der verdächtige Umgang ist nicht als besonderer Scheidungsgrund aufgenommen. Dernburg, Bürg. R. IV § 26 Anm. 7. — Über Nachwirkung des älteren Rechts vgl. Entsch. Bd. 46 Nr. 25 S. 91.

[2]) Ähnlich Dernburg, Bürg. R. IV § 26 Anm. 11. Der Zweck des Schutzes wider die Gefahren eines weiteren Zusammenlebens greift weiter als die Strafzwecke.

[3]) Literatur bei Dernburg, Bürg. R. § 26 Anm. 12.

[4]) Bisher verschleierte er sehr oft eine Ehescheidung durch Abrede. Die Verlassung war vielfach nur zum Scheine eine böswillige, um die von beiden Teilen begehrte Scheidung möglich zu machen.

[5]) Also nicht bloß der Rückkehrbefehl des pr. R. II, 1 § 680 ff. Dernburg, Bürg. R. § 26 Anm. 14. Entsch. d. R.G. Bd. 46 Nr. 41 S. 159.

[6]) Die in der Anmerkung 4 geschilderte Umgehung des Gesetzes wird dadurch übrigens nur erschwert, nicht völlig unmöglich gemacht.

[7]) IV S. 590.

böslicher Verlassung klagen will, zwei Prozesse führen, den ersten auf Herstellung der Gemeinschaft und den zweiten auf Scheidung. Zwischen denselben muß ein volles Jahr als Zwischenraum liegen, und zu jedem der beiden Prozesse gehört auch nach der C.P.O.[1]) ein gerichtlicher Sühnetermin. Das alles ist schon sehr weitläufig. Wie Gerhard in seinem Vortrage über die Scheidungsgründe des B.G.B. ausführt, muß außerdem derjenige, der klagen will, sich das ganze Jahr bereit gehalten haben, den andern Teil bei sich aufzunehmen, also eine Wohnung gehabt haben, in der er jeden Augenblick die Frau aufzunehmen im stande war.[2])

§ 1567 Nr. 2 fügt freilich hinzu, daß eine Erleichterung eintreten soll, wenn neben böslicher Fernhaltung des einen Gatten die Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung, einer Ladung an ihn seit Jahresfrist bestanden haben. Wenn also sein Aufenthalt unbekannt war u. dgl. m.,[3]) so sind nicht zwei Prozesse nötig, sondern nur einer. Aber für den Fall fügt wieder § 1567 Abs. 3 eine neue Erschwerung hinzu. Danach ist die Scheidung, selbst wenn Voraussetzungen für öffentliche Zustellung bestanden haben, doch unzulässig, sobald auch nur am Schluß der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, jene Voraussetzungen nicht mehr bestehen. Dann hat also der beklagte Gatte, der sich so und so lange verborgen hatte, es einfach in der Hand, indem er in dem Schlußtermin eine Mitteilung an das Gericht gelangen läßt, wo er sich jetzt befindet, die Verkündung des Scheidungsurteils zu verhindern. Noch mehr! Auch wenn nur von dritter Seite eine Mitteilung an das Gericht gelangt, wo der ungetreue Gatte sich jetzt befindet, wird das Gericht mindestens neue Nachforschungen nach

[1]) §§ 609, 606.

[2]) Das Reichsgericht nimmt nach Mot. IV S. 108 und 109 eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens auch dann an, wenn der Mann nicht die Rückkehr der Frau verlangt, sondern ihre durch Krankheit gerechtfertigte Übersiedelung aus dem Elternhause in eine Heilanstalt, Entsch. Bd. 51 Nr. 44 S. 182 ff., unterscheidet also das dem Wesen der Ehe entsprechende Leben von dem ehelichen Zusammenleben. Gegen diese Entscheidung wenden sich Laband, Deutsche Jur. Zeitung 1903 S. 69 und Dernburg, Bürg. R. IV § 32 Anm. 10. Man muß hier die Frage unterscheiden, ob es ein Mißbrauch des ehemännlichen Rechtes ist, der Frau den Eintritt in die Heilanstalt aufzuzwingen, was ich bejahen möchte. Wäre es dagegen kein Mißbrauch, so würde ich in der Zulassung der Klage dem Reichsgerichte beistimmen.

[3]) Über die Unterscheidung dieser wahren Desertion von der Quasidesertion vgl. Mot. IV S. 588; Dernburg, Bürg. R. § 26 S. 81.

seinem jetzigen Aufenthaltsort anstellen müssen. Daher kann auch in dem zweiten Falle, bei dem Verborgensein des zu verklagenden Gatten die Scheidung ganz außerordentlich hinausgezögert werden. So ist diesem Scheidungsgrunde die praktische Bedeutung beinahe genommen.[1])

Gewisse andere Tatbestände und nicht absolute oder unbedingte, aber doch relative und bedingte Scheidungsgründe, nämlich dann, wenn durch sie im einzelnen Falle das eheliche Verhältnis, wie § 1568 sich ausdrückt, zerrüttet ist, so daß die Fortsetzung desselben dem andern Gatten nicht zugemutet werden kann. Diese Tatbestände faßt § 1568 zusammen als schwere Verletzung der ehelichen Pflichten, ehrloses oder unsittliches Verhalten und fügt hinzu, daß auch grobe Mißhandlung als solche Verletzung der ehelichen Pflichten oder als unsittliches Verhalten erscheine. Natürlich kann im einzelnen sehr zweifelhaft sein, was denn nun als grobe Verletzung der Pflichten oder unsittliches und ehrloses Verhalten erscheine. Unzweifelhaft wird man hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflichten, Treuverletzung von seiten des andern Teils, das Erleiden entehrender Freiheitsstrafen oder hartnäckige Versagung des Unterhalts an den andern Teil hierher rechnen. Andere Beispiele sind zweifelhafter. Namentlich ist in der Reichstagskommission viel über die Frage verhandelt worden, ob die Weigerung der kirchlichen Trauung, die ein Teil zu vollziehen versprochen hatte, einen Scheidungsgrund abgeben könne. Man wird sagen müssen, daß unter besonderen Umständen ganz gewiß darin in ihr ein ehrloses Verhalten liegt. Ebenso wird man bei der Beleidigung je nach den Umständen einen solchen Scheidungsgrund als gegeben anerkennen müssen, unter Umständen nicht. Wie Gerhard mit Recht ausführt, kommt es bei der Entscheidung auf Grund des § 1568 schließlich bis zu einem gewissen Grade auf den Charakter des Klägers an — wenn das auch paradox klingt, nämlich auf das Maß seines Ehrgefühls, anders ausgedrückt auf das Maß seiner Feinfühligkeit, darauf, ob man ihm zumuten kann, mit dem andern Gatten die Ehe fortzusetzen oder nicht.[2]) Da fragt es sich weiter, wie soll dann das Gericht aber das

[1]) Dies Urteil scheint mir zu schroff. Die Scheidung kommt hier spät, aber sie kommt. Auch Dernburg, Bürg. R. IV § 26 Anm. 15, meint, daß ein gewissenhafter Rechtsanwalt diesen Weg, zur Scheidung zu gelangen, den Parteien nicht leicht anraten werde. Es wird darauf ankommen, ob die Parteien eine Geduldprobe nicht scheuen.

[2]) Natürlich nur insoweit nicht die Empfindlichkeit dem „Wesen der Ehe" widerspricht, s. unten den Text.

Maß des Ehrgefühls, was auf seiten des Klägers obwaltet, prüfen? Es wird auch hier wieder der Satz gelten „quilibet praesumitur bonus", bei dem Kläger kann das normale Ehrgefühl als gegeben vorausgesetzt werden. Und nur dann, wenn der Beklagte Einwendungen darauf gründet, daß der Kläger selber ein wenig ehrenhafter Mensch sei, wird das Gericht darauf Rücksicht zu nehmen haben. Ein Beispiel Gerhards ist folgendes: Eine Frau, die sich mit Wissen ihres Mannes der Prostitution ergeben hat, wird gewiß nicht aus diesem Paragraphen auf Scheidung klagen können deswegen, weil der Mann etwa eine entehrende Strafe, etwa wegen Hehlerei erlitten hat. Einer solchen Klägerin werde man wohl die Fortsetzung der Ehe mit einem Hehler zumuten können.[1]) Gerhard weist besonders darauf hin, daß man sich davor in Acht nehmen müsse, diesen Paragraphen nach Standesunterschieden zur Anwendung zu bringen, z. B. bei dem Arbeiter das Vorhandensein eines Scheidungsgrundes zu verneinen, während man ihn bei einem Fabrikbesitzer als gegeben erachten würde. In dieser Fassung kann man das ja einräumen. Aber es geht wohl zu weit, wenn Gerhard sagt, nur auf die Individualität des Klägers dürfe und müsse es ankommen, wenn man nicht in sozialer Hinsicht bedenkliche Konsequenzen aus diesem § 1568 entstehen lassen wolle. Das Ehrgefühl wird gewiß auch durch die Standeszugehörigkeit beeinflußt, empfindlicher bei dem Offizier sein, von dem gerade eine solche Empfindlichkeit verlangt wird, und minder empfindlich bei anderen Ständen. Wir haben unlängst von einem hervorragenden juristisch gebildeten Mitgliede der sozialdemokratischen Partei im Reichstag anläßlich eines bestimmten Falles ausführen hören, daß, wenn Arbeiter in ein Haus eindringen, ihren Arbeitgeber bedrohen und rufen, „schlagt den Hund tot!" u. dgl. m., das eine Ausdrucksweise sei, wie sie eben bei ungebildeten Leuten vorkomme, die man nicht tragisch nehmen dürfe. Daraus würde folgen, daß auch ein Arbeiter, dem seine Frau ähnliche Schimpfworte ins Gesicht geschleudert hat, nicht sagen dürfe, daß ihm die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden könne. Doch ist in die Kasuistik hier nicht weiter einzugehen.

Auch bei diesem Ehescheidungsgrund kann eine Erschwerung eintreten. § 620 C.P.O. läßt die Aussetzung des Verfahrens von Amts

[1]) Über die Ausgleichung derartiger beiderseitiger Verfehlungen vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 26 Anm. 29. Das Reichsgericht hebt hervor, daß hier zwar ein

wegen anordnen, wenn die Scheidung auf Grund dieses § 1568 des B.G.B. beantragt ist und die Aussicht auf Aussöhnung der Parteien nicht ausgeschlossen erscheint. Doch darf die Aussetzung nur einmal und höchstens auf zwei Jahre angeordnet werden.

Diese Gründe werden alle durch Verzeihung entkräftet (§ 1570).[1]) Dabei ist nicht einmal ausdrückliche Verzeihung verlangt, sondern eine solche kann auch in längerem Beieinanderleben trotz vorgekommenen Scheidungsgrundes gefunden werden.

Die Ehescheidungsklage muß binnen kurzer Präklusivfrist erhoben werden (§ 1571). Das B.G.B. bestimmt nicht, wie die bisherigen Gesetzbücher, daß die Ehescheidungsklage verjähren könne, denn es ist in den Motiven[2]) gesagt, daß die Ehescheidungsklage keinen Anspruch auf ein Tun oder Lassen des anderen Teils verwirklicht. Sie verwirklicht nur ein Recht, das keinen Anspruch erzeugt, darum auch also keine Verjährung, weil eine solche nur bei Ansprüchen möglich ist, sondern statt dessen eine Präklusivfrist.[3]) Diese Ausschlußfrist beträgt 6 Monate seit Kenntnis des Scheidungsgrundes durch den verletzten Ehegatten, während das Pr. A.L.R. bekanntlich ein Jahr als Frist statuierte.[4])

In Ermangelung der erlangten Kenntnis von dem Scheidungsgrunde erlischt das Recht auf Scheidung mit Ablauf von 10 Jahren. Der Fristenlauf von 6 Monaten wird nun aber gehemmt nach § 1571 Abs. 2 durch tatsächliche Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft[5]). Dabei liegt der Gedanke zu Grunde: weil eine solche tatsächliche Trennung die Ehegatten zur Versöhnung miteinander geneigt mache, wolle man nicht durch Fortsetzung des Laufs jener Präklusivfrist auf Wiederaufhebung der Trennung oder auf schleunige Erhebung der

---

Prinzip der Relativität gelte, aber nicht ein solches der Kompensation, Entsch. Bd. 46 Nr. 42 S. 152 ff. — Voreheliche Straftaten fallen nicht unter die Vorschrift, Entsch. Bd. 51 Nr. 79 S. 341.

[1]) Über die Kraft der Verzeihung vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 49 Nr. 11 S. 37.

[2]) IV S. 604.

[3]) Streng genommen ist auch ein „Erdulden" ein Unterlassen. Dies war aber freilich nicht die Ansicht der Motive (vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 46 Nr. 41 S. 156 Bd. 48 Nr. 37 S. 164).

[4]) Pr. A.L.R. II, 1 § 721. Eine Frist, die ebenfalls keine Verjährungsfrist war, vgl. Leske, vergleichende Darstellung des B.G.B. und des Pr. A.L.R. II, 1900, S. 308 § 200 Anm. 3.

[5]) Über diesen Begriff vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 53 Nr. 86 S. 337.

Klage hindrängen. Dadurch kann aber das Scheidungsrecht geradezu unabsehbar weit erstreckt werden. Der schuldige Ehegatte kann ewig mit der Möglichkeit bedroht sein, daß der andere klagt, wenn dieser von ihm getrennt lebt. Es könnte vorkommen, daß noch um die Zeit der silbernen Hochzeit der Ehegatte gegen den andern die Scheidungsklage erhebt wegen eines Ehebruchs, der in den ersten Monaten der Ehe geschehen ist. Deshalb kann nach demselben Abs. 2 des § 1571 der schuldige Teil den klagberechtigten Gatten auffordern, sich zu entscheiden, ob er die häusliche Gemeinschaft wiederherstellen oder die Ehescheidungsklage erheben wolle. Dann läuft trotz der tatsächlichen Trennung wieder die sechsmonatliche Frist vom Anfang der Aufforderung an.

Nach § 1571 Abs. 3 wird wie die Verjährung so auch die Präklusivfrist unterbrochen durch Erhebung der Klage, dann aber auch durch bloße Ladung zu dem Sühnetermin. Diese Ladung zu dem Sühnetermin verliert ihre Kraft, wenn 3 Monate nach der Beendigung des Sühneverfahrens verstrichen sind und nicht von dem andern die Klage erhoben worden ist.

Noch in einem andern Falle kann nach § 1572 nach Ablauf der Frist ein Ehescheidungsgrund geltend gemacht werden, nämlich, wenn er erst im Laufe eines anderweitigen Rechtsstreites erhoben wird. Hier bildet es kein Hindernis, daß die Frist verstrichen war, wenn nur zur Zeit der Erhebung der Klage der Ablauf der Frist noch nicht erfolgt war.

5. Wenn die Scheidung erfolgt, so ist im Urteil der Beklagte auch für den schuldigen Teil zu erklären. Freilich kann unter Umständen auf Antrag des Beklagten der Kläger gleichfalls für den schuldigen Teil erklärt werden (§ 1574) [1].

6. Es kann auch Geisteskrankheit des anderen Gatten als Scheidungsklage benutzt werden, aber auch diese wieder nur bedingt, nämlich nur dann, wenn sie schon drei Jahre während der Ehe gedauert hat und so hochgradig ist, daß sie die geistige Gemeinschaft aufhebt, und endlich auch jede Aussicht auf Wiederherstellung der geistigen Gemeinschaft ausgeschlossen ist (§ 1569).[2] § 623 der revidierten C.P.O. fügt

[1] Zur Auslegung des § 1574 vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 49 Nr. 40 S. 168.

[2] Als Kennzeichen der „geistigen Gemeinschaft" wird man wohl nach dem Zwecke des Gesetzes einen Seelenzustand des Kranken betrachten dürfen, in dem er noch immer die Ehescheidung schmerzlich empfinden würde. Vgl. Dernburg a. a. O. § 27 Anm. 42 gegen eine unhaltbare Deutung der Vorschrift.

noch hinzu, daß der Richter auch allemal einen oder mehrere Sachverständige hören muß.

Um diesen Scheidungsgrund ist im Reichstag am heftigsten gestritten worden. Auf ein Verlangen, das von katholischer Seite gestellt war, hatte die Reichstagskommission ihn gestrichen. Das Plenum hat ihn aber wiederhergestellt — und in der Tat entspricht er einem dringenden praktischen Bedürfnis. Übrigens ist auch seine Wirkung noch gemildert durch § 1583, der dem geistesgesunden Gatten eine Unterhaltspflicht auferlegt. Die trifft ihn gerade so wie einen geschiedenen und für schuldig erklärten Teil. Aber im einzelnen bleiben eine Menge von Zweifeln übrig. Man erkennt, in welcher Hast dieser Paragraph redigiert worden ist.

In welchem Zeitpunkt muß jener gesteigerte Krankheitszustand, welcher die Aussicht auf Wiederherstellung der geistigen Gemeinschaft ausschließt, vorhanden sein, bei der Klageerhebung oder nur zur Zeit der Urteilsfällung? Gerhard nimmt das letztere an.[1]) Geklagt werden könne auch, ehe diese Hoffnungslosigkeit eingetreten war.

Sofort schließt sich die weitere Frage an, in welchem Zeitpunkt dann die 3 Jahre vergangen sein müssen, die die Krankheit gedauert haben soll, wenn geklagt wird oder im Moment der Urteilsfällung. Hier hat Gerhard eine entgegengesetzte Meinung als in der ersten Frage. Er sagt, die 3 Jahre müssen schon zur Zeit der Klageerhebung vergangen sein, und beruft sich dabei auf die Wortfassung „ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte der Geisteskrankheit verfallen ist, die Krankheit während der Ehe mindestens 3 Jahre gedauert und einen solchen Grad erreicht hat u. s. w.". Es ist einzuwenden: Wenn diese Wortfassung ausdrücken soll, daß die dreijährige Dauer schon bei der Klageerhebung gegeben sein müsse, so muß dasselbe bei der anderen in demselben Satz ausgesprochenen Voraussetzung gelten, daß die Krankheit einen gewissen Grad erreicht hat.[2])

[1]) Es entspricht dies dem Grundsatze, die nach dem Prozeßbeginne eingetretenen Veränderungen dem Kläger zu gute zu halten, der bekanntlich nur dem römischen Rechte fremd war.

[2]) Für Eck spricht auch der Zweck der dreijährigen Frist, die Anerkennung eines von der Medizin festgestellten Durchschnittszeitraumes, in dem sich die Heilbarkeit zu zeigen pflegt. Die Vorschrift erfüllt ihren Zweck auch dann, wenn die drei Jahre erst bei einer späteren Urteilsfällung abgelaufen sind und nicht schon bei dem Prozeßbeginne.

Fraglich ist ferner, ob die Krankheit ununterbrochen gedauert haben muß, oder der Kläger, wenn lucida intervalla inzwischen eintraten, die einzelnen Zwischenräume zusammenaddieren darf: Ich möchte das, wie auch Gerhard, verneinen, denn lichte Zwischenräume werden sonst überall im B.G.B. nicht beachtet.[1])

Von besonderer Erheblichkeit ist, daß jeder zur Scheidung Berechtigte nach § 1575 auch eine bloße Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft verlangen kann. Das ist wiederum im Interesse der katholischen Anschauungen statuiert, damit die Gatten nicht genötigt werden, die ihrem Kirchenrecht widersprechende Scheidung der Ehe dem Bande nach zu beantragen. Übrigens war diese Trennung von Tisch und Bett schon früher nach dem Code civil und dem rheinischen Recht zulässig. Das Urteil, welches solcher Klage entspricht, also auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkennt, hat nach § 1586 zur Folge, daß kein Teil eine neue Ehe eingehen kann. Ein zweiter Unterschied liegt nicht so nahe. Wenn die eheliche Gemeinschaft aufgehoben ist, so bleibt doch eine Klage auf Nichtigkeitserklärung oder eine Anfechtungsklage möglich, denn die Ehe ist bisher noch nicht aufgelöst, besteht also noch weiter. Aber weil die bloße Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft jedem Gatten die Eingehung einer neuen Ehe verwehrt, darf nach § 1575 der mit solcher Klage Belangte für den Fall, daß die Klage als begründet befunden werden sollte, den Antrag des Klägers überbieten und die Scheidung verlangen.[2])

Der praktisch nächstliegende Fall wäre, daß bei einer Mischehe der katholische Teil, der sich nach den Grundsätzen seiner Religion nicht wieder verheiraten kann, auf bloße Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft klagt, dagegen der evangelische Teil, dessen Religion der Eingehung einer neuen Ehe nicht entgegensteht, von dem Kläger ganz, auch dem Bande nach, getrennt sein will.

Auch wenn das Erkenntnis bloß auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft lautet, so kann nachträglich jeder Gatte auf Grund dieses Urteils ohne

[1]) Auch die Psychiatrie legt bekanntlich auf diese äußeren Zustände, denen ein innerer Gesundheitszustand keineswegs immer entspricht, wenig Gewicht.

[2]) Dieses Neuerecht ist auf solche Parteien berechnet, die zunächst aus Gewissensbedenken oder aus Rücksicht auf solche Bedenken des andern Teils die bloße Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auf sich nehmen, hinterher aber nicht stark genug sind, um dieses Opfer dauernd zu ertragen. Über die Auffassung des Reichsgerichts s. oben S. 385 Anm. 2.

weiteres eine Umwandlung desselben in Scheidung verlangen (§ 1576). Wir haben hier die interessante Erscheinung einer Umwandlungsklage und einer Umwandlung des rechtskräftigen Urteils, indem nicht bloß der Kläger seinen früheren Antrag steigern kann, sondern auch der Beklagte die nachträgliche Umwandlung noch begehren kann. Dieser nachträgliche Antrag auf Scheidung wird auch nicht ausgeschlossen durch die Gründe, welche eine Scheidungsklage ausschlossen, wie etwa die inzwischen abgelaufene sechsmonatliche Frist oder die inzwischen eingetretene Verzeihung, denn es ist keine Scheidungsklage, die hier nachträglich erhoben wird, sondern nur eine Verstärkung des früheren Antrags. Darum sind die Gründe, welche der Klage entgegenstehen, nicht auch dem neuen Antrag gegenüber zur Geltung zu bringen.

Nach § 1577 kann die Frau nach der Scheidung den Familiennamen des Mannes weiterführen, oder nach ihrer Wahl auch ihren die früheren Namen wieder annehmen.[1]) Indessen kann der Mann ihr Führung seines Familiennamens untersagen, wenn sie für den allein schuldigen Teil erklärt worden ist.

Art. 68 des preußischen Ausführungsgesetzes zum B.G.B. bestimmt, daß diese Erklärungen gegenüber der zuständigen Behörde in öffentlich beglaubigter Form abzugeben sind, d. h. vor dem Standesbeamten, vor dem die Ehe geschlossen ist und, wenn die Ehe im Ausland geschlossen wurde, vor dem Amtsgericht.

Im übrigen zieht die Scheidung nicht mehr, wie nach bisherigem gemeinem sowohl wie preußischem Rechte Vermögensstrafen für den schuldigen Teil nach sich. Diese sollten dem Unschuldigen eine Abfindung verschaffen für das, was ihm infolge der Scheidung entgeht. Davon nimmt man jetzt Abstand.[2]) Wohl aber bleibt der schuldige Ehegatte verpflichtet, dem anderen Unterhalt zu gewähren, wenn dieser dessen bedarf (§§ 1578—1582). Der Unterhalt ist in einer Geldrente zu gewähren (§ 1580), aber nur bis zur Wiederverheiratung (§ 1581).[3])

[1]) Anders bei der Nichtigkeit vgl. oben S. 381 Anm. 3.

[2]) Die unmittelbare Erschwerung der Scheidung macht die Strafdrohungen überflüssig, welche eine mittelbare Erschwerung in sich schlossen. Eine Begründung des angenommenen Grundsatzes findet sich bei Brie, Verhandlungen des 20. Juristentages 1889 Bd. 2 S. 235 ff.

[3]) Vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 48 Nr. 2 S. 4 ff., Nr. 28 S. 113 ff. Hiernach kann durch eine solche Wiederverheiratung unter Umständen die bestehende Unterhaltspflicht ganz in Wegfall kommen.

Endlich können alle Schenkungen, die der schuldige Gatte von dem andern bekommen hat, von diesem widerrufen und zurückgefordert werden, während der schuldige Teil selber die von ihm ausgegangenen Schenkungen nicht widerrufen kann (§ 1584).

Aber dies Widerrufsrecht erlischt mit Ablauf eines Jahres seit der Scheidung und ebenso auch durch Tod eines der Gatten. Ein Erbe kann es also nicht geltend machen und der Schenker nicht gegen den Erben des Beschenkten klagen.

Wenn der Ehemann ein aus der Ehe hervorgeganges gemeinschaftliches Kind zu unterhalten hat, muß die Frau ihm dazu einen Beitrag leisten (§ 1585).

8. Rechtsverhältnis in stehender Ehe. (§§ 1353—1362).

§ 51.

Der Grundgedanke des Rechtsverhältnisses in stehender Ehe ist nach § 1353 das Recht jedes Gatten auf eheliche Lebensgemeinschaft mit dem andern, d. h. auf eine dem Wesen der Ehe entsprechende Lebensgemeinschaft. Daher gibt es nach § 606 ff. der C.P.O. eine Klage auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens. Freilich schneidet die C.P.O. die Zwangsvollstreckung aus solcher Klage ab. Nach § 888 der C.P.O. ergeht ein rechtskräftiges Urteil, das unvollstreckbar ist. Dieser Grundgedanke ist noch sehr ins einzelne ausgeführt.

Der Mann ist das Haupt der ehelichen Gemeinschaft. Das sagt das B.G.B. zwar nicht mit diesen Worten, aber nach § 1354 hat er das Recht zur Entscheidung in den Angelegenheiten des gemeinschaftlichen Lebens.[1]) Darin zeigt er sich als Haupt der Gemeinschaft.

Die Frau erhält nach § 1355 den Familiennamen des Mannes und teilt auch mit ihm den Wohnort und die Wohnung. (Über den Wohnsitz siehe § 10 B.G.B.) Mit Wohnort soll hier der tatsächliche Aufenthalt gemeint sein. Dahin muß sie dem Manne folgen.[2])

Aber dies Recht jedes Gatten auf Gemeinschaft und dies Entscheidungsrecht des Mannes in den Angelegenheiten des gemeinschaftlichen

[1]) Eine eigenmächtige Eröffnung der an die Frau gerichteten Briefe wäre keine Entscheidung, sondern ein Gewaltakt. Gegen ihn erklärt sich Goldmann in der Deutschen Juristen-Zeitung X 1904 S. 64 ff.

[2]) Über Abwechslung unter mehreren Wohnorten vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 32 Anm. 4.

Lebens sind doch, wie Planck in einem Vortrag in Göttingen ausführt,[1] nur halbe Rechte.[2] Denn wenn die Entscheidung des Mannes oder das Verlangen eines Teils nach der ehelichen Gemeinschaft einen Mißbrauch seines Rechtes enthält, so braucht der andere nicht Folge zu leisten. Das Recht ist ein solches nur, so lange es ordnungsmäßig ausgeübt wird. § 1353 Abs. 2 lautet: „Stellt sich das Verlangen eines Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft als Mißbrauch seines Rechtes dar, so ist der andere Ehegatte nicht verpflichtet, dem Verlangen Folge zu leisten." § 1354 Abs. 2 lautet: „Die Frau ist nicht verpflichtet, den Entscheidungen des Mannes Folge zu leisten, wenn sich die Entscheidung als Mißbrauch seines Rechtes darstellt."[3] Ebenso braucht der Ehegatte auch die Gemeinschaft nicht herzustellen, wenn er berechtigt war, auf Scheidung zu klagen (§ 1353 Abs. 2 Satz 2).

Diese Sätze sind von großer Erheblichkeit. Es leuchtet hiernach ein, daß es somit eine Kündigung der ehelichen Gemeinschaft gibt auch ohne Scheidung, ja, auf die Spitze getrieben, auch ohne das Recht auf Scheidung, wenn auch der Ausdruck Kündigung im Gesetz nicht gebraucht ist.

Weiter folgt, daß gegen die Klage auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft die Einrede des Mißbrauchs oder eines bestehenden Ehescheidungsgrundes zulässig sein muß.[4] Freilich kann der klagende Gegner diesem Weigerungsrecht ein Ende machen. Wenn der Beklagte sich auf einen Ehescheidungsgrund beruft, kann, wie wir gesehen haben, der Kläger ihm eine Aufforderung zugehen lassen, sich zu erklären, ob er entweder den Scheidungsgrund geltend machen wolle oder die eheliche Gemeinschaft wiederherstellen.

[1] Die rechtliche Stellung der Frau nach dem B.G.B., 2. Aufl., 1899.

[2] In der tatsächlichen Durchführung sind sie noch weniger als das, sondern werden oft genug zu nuda jura Quiritium. Die höhere Bildungsstufe legt den Ehemännern Rücksichten der Feinfühligkeit auf, die ihre gesetzliche Macht in den meisten Fällen völlig entwerten. Darum darf man aber doch nicht den gesetzlichen Wortlaut durch zu weitgehende Einschränkungen abschwächen. Dernburg, Bürg. R. IV § 32 Anm. 3 nennt nicht mit Unrecht eine Klage gegen die Frau wegen Ungehorsams in kleinen Dingen lächerlich, daß aber dieser Ungehorsam bei Scheidungsprozessen in Betracht zu ziehen ist, erkennt er an, a. a. O. S. 101.

[3] Der Maßstab des rechtlich entschuldigten Ungehorsams der Frau liegt also hiernach im Ermessen des Richters. So auch hinsichtlich der oben S. 388 Anm. 2 besprochenen Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 51 Nr. 44 S. 182 ff.

[4] Dernburg hält hiernach die berüchtigten pacta domicilii non mutandi fortan unter Umständen nicht für völlig bedeutungslos, Bürg. R. IV § 32 S. 102.

Was einen Mißbrauch des Rechtes darstellt, ist natürlich Sache freier richterlicher Würdigung. Z. B. Verlegung des Wohnsitzes zur Chikane der Frau, ist gewiß ein Mißbrauch des ehemännlichen Rechtes auf Bestimmung des Wohnortes, ebenso wenn er den Wohnsitz an einen für die Gesundheit der Frau gefährlichen Ort verlegt; z. B. wenn sie lungenschwach ist und er in Gegenden mit möglichst rauhem Klima zieht. Das gleiche gilt, wenn er ins Ausland in eine Gegend, in die zu folgen der Frau nicht zugemutet werden kann, gehen will. Natürlich werden auch Mißhandlung eines Gatten durch den andern, Trunksucht usw. Gründe sein, welche die Aufforderung zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft als einen Mißbrauch erscheinen lassen. In der Petition des Bundes der deutschen Frauenvereine an den Reichstag wird dies Wort „Mißbrauch" sehr stark angefochten. Es wird verlangt, ganz genau festzustellen, was unter Mißbrauch des Rechtes des Mannes verstanden werden solle. Diese Forderung wäre schwerlich erfüllbar gewesen.[1])

Wechselseitig schulden sich die Gatten natürlich bei Erfüllung ihrer Verpflichtungen — wie schon im römischen Recht — dieselbe Sorgfalt, die sie in ihren eigenen Angelegenheiten beobachten (§ 1359). Das stimmt mit dem bisherigen Rechte überein.

Außerdem aber schuldet nach § 1360 der Mann der Frau auch den Unterhalt schlechtweg nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit. Es verdient betont zu werden, was kürzlich auch das Reichsgericht in Bd. 30 der Entsch. S. 125 ff. angenommen hat, daß diese Unterhaltspflicht des Mannes der Frau gegenüber ganz unabhängig davon ist, ob sie des Unterhalts bedarf. Hier ist eben nicht die Unterhaltspflicht, wie zwischen Verwandten gegeben, sondern eine solche, wie sie aus der ehelichen Gemeinschaft folgt. Also auch wenn die Frau Millionärin ist, ist der Mann doch verpflichtet, nach Maßgabe seiner Lebensstellung und seines Vermögens ihr Unterhalt zu gewähren.

Das Pr. A.L.R. in § 187 II, 1 zählt bekanntlich merkwürdigerweise zum Unterhalt auch die Bezahlung der Prozeßkosten, als ob es zum täglichen Brot gehörte, Prozesse zu führen. Kurkosten und Prozeß-

[1]) Nicht ohne Grund befürchteten diese Vereine, daß die Richter den Begriff des Mißbrauchs vielfach anders auffassen werden, als ihnen von ihrem Standpunkte aus erwünscht war.

kosten werden nebeneinandergestellt. Das tat das B.G.B. nicht.[1]) Da die Prozeßkosten schwerlich als Unterhaltsbestandteil anzusehen sind, hat sie der Mann für die Frau nicht allgemein zu tragen, sondern nur nach Maßgabe des besonderen ehelichen Güterrechtes. Bei den verschiedenen Güterrechtssystemen ist das aber verschieden geregelt (s. unten).

Übrigens ist auch die Unterhaltspflicht des Mannes keineswegs an die Fortdauer der ehelichen Gemeinschaft gebunden, wie § 627 der revidierten C.P.O. anerkennt. „Hat der Rechtsstreit die Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtung der Ehe zum Gegenstande, so kann das Gericht auf Antrag eines des Ehegatten durch einstweilige Verfügung für die Dauer des Rechtsstreites das Getrenntleben der Ehegatten gestatten, die gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten nach Maßgabe des § 1361 des B.G.B. ordnen usw." Bei gerechtfertigter Trennung muß also trotzdem der Gatte seiner Frau den Unterhalt gewähren.[2]) So ist die Unterhaltspflicht des Mannes streng und unbeschränkt.

Umgekehrt hat nach § 1360 Abs. 2 die Frau dem Manne nur unter Umständen und ausnahmsweise Unterhalt zu gewähren. „Die Frau hat dem Manne, wenn er außer stande ist, sich selbst zu unterhalten, den seiner Lebensstellung entsprechenden Unterhalt nach Maßgabe ihres Vermögens und ihrer Erwerbsfähigkeit zu gewähren."

Diese Ungleichheit der beiden Gatten in der Behandlung der Unterhaltspflicht ist von den Vereinen deutscher Frauen gebilligt worden. Sie schien nicht gegen die Gleichheit der beiden Gatten zu verstoßen.

Besondere Regeln enthält das B.G.B. über die wichtige Frage der persönlichen Tätigkeit der Frau. Die Regeln sind ohne Unterschied für die verschiedenen güterrechtlichen Systeme maßgebend.

1. Nach § 1356 Abs. 1 hat die Frau das Recht und die Pflicht zur Leitung des Hauswesens, außerdem aber, soweit es den Verhältnissen der Gatten entspricht, nach § 1356 Abs. 2 auch die Pflicht zu eigener Arbeit, nicht bloß im Hauswesen, sondern auch im Geschäft

[1]) Ebenso ausdrücklich die Entsch. d. R.G. Bd. 46 Nr. 97 S. 354. In der Vorschrift des Preußischen Landrechts lag insofern ein Sinn, als die Prozeßkosten zwar nicht zum Unterhalte des Lebens, aber immerhin doch zur Erhaltung der bisherigen Vermögensstellung der Frau und insofern zu des Leibes Nahrung und Notdurft gehören.

[2]) Auf den besondern Fall des § 627 beziehen sich die Urteile des Reichsgerichts Bd. 46 Nr. 108 S. 382 ff. und Bd. 47 Nr. 95 S. 385.

des Mannes. Das ist der fundamentale Satz. Mit diesem und den folgenden Sätzen hat sich die Petition des Bundes der deutschen Frauenvereine sehr viel beschäftigt. Den Anträgen, die von diesem Bunde an den Reichstag gestellt wurden, redet Galante lebhaft das Wort. Auch die Reichstagskommission hat viel darüber debattiert. Dieser erstere Satz ist aber wohl unangreifbar.

2. Die Frau ist berechtigt, die Schlüsselgewalt zu führen, wenn auch dieser Ausdruck selbst im B.G.B. nicht gebraucht wird.[1]) Hiernach hat sie nur innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises[2]) das Recht, den Mann zu vertreten (§ 1357). Ihre in diesen Kreis fallenden Rechtsgeschäfte gelten sogar im Zweifel als im Namen des Mannes geschlossen, so daß er unmittelbar berechtigt und verpflichtet wird, und die Frau keines von beiden, vorausgesetzt nur, daß sich nicht aus den Umständen eine andere Absicht ergibt. Zergliedert man das etwas genauer, so ist zu sagen: Der häusliche Wirkungskreis umfaßt nach dem Sinn dieser Worte nicht bloß die Wirtschaftsführung, sondern auch die Sorge für die Kinder und unter Umständen die Pflege für den Mann, wenn er krank ist u. dgl. m.

So ist die Frau mit ausgedehnterer Vertretungsmacht bekleidet. Aber diese Vertretungsmacht der Frau darf man auch nicht, wie Fränkel, als eine vermutete Vollmacht fassen, sodaß der Mann sie ohne weiteres widerrufen könnte, sondern sie beruht auf Gesetz.[3]) Sie ist gesetzliche Vertretungsmacht und verdient darum gar nicht den Namen Vollmacht. Deswegen kann nun zwar nach § 1357 Abs. 2 der Mann jene Schlüsselgewalt der Frau beschränken oder aufheben, aber wenn in einer solchen Anordnung ein Mißbrauch seines Rechtes liegt, kann die Frau durch das Vormundschaftsgericht seine Anordnung wiederum aufheben lassen.[4]) Das hat die Petition des Bundes der Frauenvereine beim Reichstag durchgesetzt.

Jene Befugnis des Mannes, die Schlüsselgewalt zu beschränken oder aufzuheben, wirkt gegen redliche Dritte immer nur dann, wenn

[1]) Vgl. A.L.R. II, 1 § 194. Literatur bei Dernburg, Bürg. R. IV § 33 Anm. 2.

[2]) Näheres über diesen Begriff bei Dernburg, Bürg. R. IV § 33 S. 106, insbesondere Anm. 12 über die Anschaffung von Teppichen.

[3]) Ebenso Dernburg, Bürg. R. IV § 33 S. 107, der aber die Analogie des Auftrags nicht unbedingt ablehnt.

[4]) Wie weit dies den Mann binde, ist bestritten, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 33 Anm. 8.

sie in das Güterrechtsregister eingetragen worden ist (§ 1357 Abs. 2 Satz 3) (s. unten).

Über den häuslichen Wirkungskreis der Frau hinaus geht ihre Vertretungsmacht nicht, während das Pr. A.L.R. und die meisten anderen Gesetzbücher für gewisse Fälle darüber hinausgehen. Bei Verhinderung des Mannes durch Krankheit oder Abwesenheit ist der Frau eine Vertretungsmacht über den häuslichen Wirkungskreis hinaus nicht beigelegt. Anders §§ 326, 327 II, 1 des Pr. A.L.R. Es ist merkwürdig, daß das B.G.B. diese doch praktisch sehr bewährte Bestimmung nicht aufgenommen hat. In den Motiven heißt es, der Mann möge der Frau vorher Vollmacht geben für den Fall, daß er krank werden sollte.[1]) So vorsorglich sind kaum juristisch geschulte Ehemänner, kleinere Leute aber und Bauern erst recht nicht. Natürlich können aus dem Mangel solcher Vertretungsmacht der Frau mancherlei Schwierigkeiten erwachsen, wie Dernburg das schon an dem Entwurf bemängelte.[2]) Wenn z. B. ein Handwerksmeister schwer krank wird und hoffnungslos darniederliegt, und inzwischen sein Geselle faul und widerspenstig wird, so kann ihm die Frau nicht kündigen; denn sie hat keine Vertretungsmacht. Wenn, während der Mann krank liegt, am ersten des Quartals Hypothekenschuldner gegen Quittung zahlen wollen, so kann die Frau keine Quittung geben. Man wird solche Geschäfte nicht dem häuslichen Wirkungskreis zuzählen können. So ist die Frau auf die allgemeinen Regeln verwiesen. Sie mag als negotiorum gestor auftreten oder in anderer Weise Fürsorge treffen.

3. Die Ehefrau ist als solche in ihrer Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt. Damit wird also — und das ist eine Neuerung von großer Tragweite — jeder Rest des alten ehemännlichen Mundiums oder ehemännlicher Vormundschaft rundweg aufgehoben, zum großen Schmerze der Germanisten. Z. B. Gierke beklagt das in seiner Kritik des Entwurfs auf das lebhafteste.[3])

---

[1]) IV S. 121. Eck denkt wohl an das S. 120 unten Gesagte.

[2]) Vgl. jetzt Dernburg, Persönl. Rechtsstellung nach dem B.G.B., 1896, S. 23; Bürg. R. IV § 33 Anm. 18 S. 105.

[3]) S. 403. Die bei Dernburg, Bürg. R. IV S. 8 Anm. 8 Genannten wollen den dem Ehemanne verbliebenen Einfluß noch immer „eheherrliche Gewalt" und „Vormundschaft" nennen. Diese rein terminologische Frage ist m. E. ohne praktische Bedeutung.

Daraus ergibt sich, daß die Frau auch Schulden machen kann in dulce infinitum, sogar daß sie auch wechselfähig ist. Indessen fügt doch Art. 200 Abs. 3 des Einführungsgesetzes hinzu, daß dies bei den bestehenden Ehen nicht ohne weiteres eintreten soll. „Soweit die Ehefrau nach den für den bisherigen Güterstand maßgebenden Gesetzen infolge des Güterstandes oder der Ehe in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, bleibt diese Beschränkung in Kraft, solange der bisherige Güterstand besteht." Also brauchen die jetzigen Ehemänner nicht zu fürchten, daß ihre Frauen mit dem 1. Januar plötzlich wechselfähig werden und im stande sind, Schulden zu machen.[1]) Es ist, als ob man eine berühmte Erscheinung des römischen Rechtes vor Augen gehabt hätte. Als Kaiser Claudius die Tutel der Agnaten über die Weiber aufhob, geschah es, daß die Frauenzimmer sich massenhaft verbürgten, worauf das S. C. Vellejanum erging, das die Intercessionen der Weiber für unwirksam erklärte. Vielleicht hat man hier ähnliche Erscheinungen vermeiden wollen. Damit aber die Rechtshandlungen der Frau das Recht des Mannes auf ihre Mitarbeit im Hause nicht beeinträchtigen können, bestimmt § 1358 folgendes: Wenn die Frau sich gegen Dritte (zu persönlichen Leistungen) zu einer in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet, etwa sich engagieren läßt als Lehrerin, Schauspielerin usw. oder nur zu einzelnen Arbeiten, wie zur Schneiderarbeit u. dgl. m., so kann der Mann dies Verhältnis ohne Innehaltung der Kündigungsfrist auflösen. Jedoch — das ist wieder eine sehr erhebliche Beschränkung, die mit Rücksicht auf die Petition der Frauenvereine vom Reichstag mit eingeschoben ist — muß der Mann, wenn er dies Verpflichtungsverhältnis seiner Frau auflösen will, sich vorher vom Vormundschaftsgericht ermächtigen lassen (§ 1358 Abs. 1).

Dadurch ist das Kündigungsrecht des Mannes ein ganz außerordentlich beschränktes geworden. Die Kündigung des Mannes ist sogar ganz und gar ausgeschlossen, wenn er entweder der Verpflichtung seiner Frau zugestimmt oder aber wenn das Vormundschaftsgericht die Zustimmung des Mannes zu der Verpflichtung der Frau ersetzt hatte (§ 1358 Abs. 2). Das Vormundschaftsgericht aber muß sie ersetzen, wenn der Mann durch Krankheit oder Abwesenheit

[1]) Das preußische Ausführungsgesetz zum B.G.B. ist von Eck erst in § 53 in Betracht gezogen. Es gibt dem B.G.B. einen weitgehenden Einfluß auf die Rechtsverhältnisse der bestehenden Ehen.

an der Abgabe der Erklärung verhindert und mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist, oder wenn sich die Verweigerung der Zustimmung von seiten des Mannes als ein Mißbrauch seines Rechtes darstellt. Kurz, das Kündigungsrecht des Mannes ist ein sehr verklausuliertes. Galante sagt, daß diese Vorschrift geradezu unerläßlich sei; denn wenn der Mann ein freies Kündigungsrecht hätte, könnten dadurch ganz außerordentliche Schwierigkeiten entstehen. Die Ermächtigung, die der Mann sich zur Kündigung erwirken muß, wird nach dem Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit (§ 53) erst mit der Rechtskraft der Verfügung wirksam. Die Frau kann diese Ermächtigung durch sofortige Beschwerde angreifen. Die Frist für die sofortige Beschwerde beträgt zwei Wochen (§ 22 desselben Gesetzes). Also wird der Mann mit seiner Kündigung nur sehr langsam, erst nach Ablauf einiger Zeit durchdringen. Immerhin aber wird die Frau besser tun, schon ehe sie eine solche Verbindlichkeit eingeht, die Zustimmung des Mannes einzuholen, oder wenn dieser sie nicht erteilen will, durch das Vormundschaftsgericht ersetzen zu lassen. Sonst könnte wider ihren Willen vom Manne eine Auflösung herbeigeführt und sie möglicherweise, da ihr Kontrakt wirksam geschlossen war, von ihrem Kontrahenten auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden.

4. Ein letzter, sehr erheblicher Punkt ist das Recht, welches mit der praesumtio Muciana zusammenhängt. Die Vermögensstücke der beiden Gatten pflegen sich in der Ehe zu vermischen. Über das Eigentum an den Vermögensstücken gilt bekanntlich nach römischem Recht die praesumtio Muciana, wonach alle Mobilien, die im Besitz eines der beiden Gatten sind, dem Manne gehören, weil dieser doch der hauptsächlich erwerbende Teil ist. Diese gemeinrechtliche praesumtio kommt den Gläubigern des Mannes zu gute, aber auch ihm selber und seinen Erben bei der Auseinandersetzung zwischen dem ehemännlichen und eheweiblichen Vermögen. Besonders wichtig ist das natürlich bei Inhaberpapieren. Wenn solche im Besitz der beiden Gatten gefunden werden, gelten sie im Zweifel für Eigentum des Mannes. Bekanntlich wiederholt auch das preußische Recht diese Präsumtion, doch nur bei der Auseinandersetzungslehre in § 544 II, 1. Noch darüber hinaus geht § 45 der Konkursordnung,[1]) der unverändert das bisherige Recht reproduziert und dahin lautet: „Die Ehefrau des Gemeinschuldners kann Gegenstände, welche sie während

[1]) Vgl. über ihn Dernburg, Bürg. R. IV § 36 S. 117 ff.

der Ehe erworben hat, nur in Anspruch nehmen, wenn sie beweist, daß dieselben nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind." Mit dem bisherigen Recht stimmte im wesentlichen auch die Reichstagsvorlage überein. Sie hatte nur hinzugefügt, daß für Sachen, die zum persönlichen Gebrauch der Frau dienen, die Vermutung ausgeschlossen sein sollte. Also namentlich für Kleider und Schmucksachen. Der Bund der Frauenvereine wollte die ganze Vermutung radikal gestrichen wissen, und für Miteigentum der beiden Ehegatten präsumieren.

§ 1362 verengt die Präsumtion für das Eigentum des Mannes sehr erheblich. Es ist zwar bestimmt, daß sie für bewegliche Sachen, die im Besitz eines der Gatten oder beider Gatten gefunden werden, gilt (§ 1362). Die Präsumtion gilt aber zunächst nur relativ, nämlich zu Gunsten der Gläubiger des Mannes, also nicht zu Gunsten seiner selbst. Ferner gilt sie nur für bewegliche Sachen. Wenn z. B. die Frau ein Depot auf der Bank hat, können die Gläubiger des Mannes die im Depot befindlichen Papiere pfänden, denn das sind bewegliche Sachen, die sich im Besitz einer der Gatten befinden. Aber wenn die Frau ein bares Guthaben bei dem Bankier hat, können sie das nicht mitpfänden; denn das Guthaben ist nicht eine im Besitz eines der Ehegatten befindliche bewegliche Sache; Sachen sind vielmehr nur körperliche Stücke (§ 90). Wenn die Frau deponierte Wertpapiere schnell hat verkaufen und sich den erzielten Erlös gutschreiben lassen, so schneidet sie den Gläubigern des Mannes die Berufung auf die Präsumtion aus § 1362 ab.

Wichtiger ist, daß § 1362 Abs. 2 eine Gegenpräsumtion enthält, die das bisherige Recht noch gar nicht kannte. Die für den ausschließlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen werden als der Frau gehörig vermutet, insbesondere Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgerät. Diese Präsumtion gilt aber merkwürdigerweise nicht bloß relativ, wie diejenige für das Eigentum des Mannes, sondern sie gilt sowohl im Verhältnis der Gatten zu einander als auch im Verhältnis zu den Gläubigern, mit anderen Worten in größerem Umfange als die dem Mann zu gute kommende. Hiernach kann man, obwohl das in der Literatur vorkommt, unmöglich diese beiden Präsumtionen des § 1362 noch als praesumtio Muciana bezeichnen, denn die Präsumtion des Abs. 2 enthält das direkte Gegenteil, eine Umkehrung der praesumtio Muciana.

Durch § 1362 bleiben unberührt:

1. Die Bestimmungen der §§ 808 und 809 der C.P.O., daß die Sachen des Schuldners, die im Besitz eines Dritten sich befinden, nur mit dessen Zustimmung gepfändet werden können.

Wenn also die Ehefrau ein Depot auf der Bank hat, und nun die Gläubiger des Mannes pfänden wollen, dann kann dies nur mit Zustimmung der Frau geschehen. Willigt sie nicht ein, so müssen die Gläubiger des Mannes sich dessen Eigentumsanspruch überweisen lassen und ihn gegen die Frau durchführen.

2. Es bleibt auch der angeführte § 45 der Konkursordnung unberührt, der weit über den § 1362 des B.B.G. hinausgeht. Zunächst spricht er nicht bloß von beweglichen Sachen, sondern von Gegenständen, so daß also Forderungen, Grundstücke usw. darin einbegriffen sind, während sie unter die beweglichen Sachen nicht fallen. Ferner ist nicht verlangt, daß die Sachen im Besitz eines der Gatten seien, sondern was die Ehefrau während der Ehe erworben hat, kann sie nicht in Anspruch nehmen, so lange sie nicht den von ihr verlangten besonderen Beweis geführt hat. Trotzdem bleibt auch für den Fall des Konkurses neben dem schon jetzt geltenden Paragraphen der neue § 1362 wichtig. Man setze z. B., daß die Frau im Besitze von wertvollen beweglichen Sachen ist. Dann kann der Konkursverwalter seine Klage auf Herausgabe zur Masse mit der Präsumtion aus § 1362 Abs. 1 begründen. Wenn die Frau zur Wiederlegung der Präsumtion einwendet, daß sie die Sachen selber erworben habe, kann der klagende Konkursverwalter diesen Einwand mit der Replik aus § 45 der Konkursordnung schlagen, sofern sie nicht den Beweis führt, daß sie nicht mit den Mitteln des Gemeinschuldners, ihres Gatten, erworben worden sind. So greifen diese Paragraphen ineinander.

9. Eheliches Güterrecht. (§§ 1363—1372.)

§ 52.

Eine anschauliche Darstellung ist Richard Schröder, „Das eheliche Güterrecht nach dem B.G.B. Berlin 1896.[1])

Zur Zeit bestehen in Deutschland fünf Hauptsysteme des ehelichen Güterrechts. Alle fünf hat das B.G.B. nebeneinander zugelassen und

[1]) 3. Aufl., 1901. Weitere Litteratur s. bei Dernburg, Bürg. R. IV § 38 Anm. 1 S. 122.

auch geregelt, aber nicht, wie vielfach verlangt wurde, mit räumlicher Bestimmung ihrer Anwendungsgebiete, als nach dem Regionalprinzip. Das wäre in der Tat grundlos gewesen, weil doch die einzelnen Güterrechte wirklich nicht mit deutschen Stammeseigentümlichkeiten zusammenhängen, sondern großenteils mehr oder minderzufällig in der Gegend, wo sie herrschen, zur Geltung gekommen sind.[1]) Das B.G.B. hat sie vielmehr in der Art kombiniert, daß nur eins dieser Systeme als sogenannter ordentlicher gesetzlicher Güterstand gilt nach § 1363, nämlich die jetzt sogenannte Verwaltungsgemeinschaft, oder wie man sie früher nannte, die Gütereinheit[2]) oder der usus fructus maritalis. In den neuen Gesetzen, der C.P.O. und im Einführungsgesetz, auch gelegentlich im B.G.B. selber, z. B. im § 1525, wird dies System bezeichnet als Güterstand der Verwaltung und Nutznießung — natürlich ist immerhin zuzudenken — des Mannes. Ein zweites System, die Gütertrennung, ist von dem Bund der Frauenvereine als das Idealsystem postuliert worden, das schon von den Römern in ihrem Dotalrecht gewählt worden sei. Ja, die Petition vermißt sich da geradezu, zu behaupten, daß man das ganze eheliche Güterrecht mit einem Paragraphen in folgender Fassung erledigen könne: „Bei Eingehung der Ehe behalten beide Gatten ihr Vermögen als Sondereigentum, soweit nicht ein Ehevertrag es anders bestimmt." Ich glaube nicht, daß man das auch nur erträglich finden kann. Hält Galante diese Fassung auch für mirabile e ragionevole?[3])

---

[1]) Hinter dem Zufalle stehen die verschiedenen Bedürfnisse verschiedener Vermögensklassen, von denen hier die eine und dort die andere in der Rechtsbildung ein Übergewicht erlangt hat, vgl. des Herausgebers Vorträge: Die Hauptziele des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches, Breslau 1900, S. 99.

[2]) Dieser ohnehin mißverständliche Name hat seine Berechtigung im wesentlichen für das B.G.B. verloren, seitdem sich nicht mehr in der Hand des Mannes mit seiner Verfügungsgewalt über sein eigenes Vermögen die Befugnis zu rechtsgeschäftlichen Verfügungen über das Eingebrachte verbindet. Weit eher sollte man von Nutznießungseinheit reden, vgl. hierzu unten S. 415 Anm. 2.

[3]) Daß die Verstärkung der Staatsgewalt den Schutz der Frau durch den Mann mehr und mehr entbehrlich macht, halte auch ich für richtig, vgl. meine Ausführungen in der Schrift: Die besondern Rechtszweige im Entwurfe eines B.G.B., Marburg 1892, S. 133 ff. (Sonderabdruck aus dem Holländischen Rechtsgeleerd Magazijn). — Diese Entwickelung wiederholt sich bei verschiedenen Nationen, deren Verschiedenheit daher auch auf diesem Gebiete minder groß ist, als vielfach behauptet wird.

Diese Gütertrennung tritt nur in einzelnen Fällen als außerordentlicher gesetzlicher Güterstand ein. Nämlich dann, wenn die Verwaltung und Nutznießung des Mannes wegfällt, sei es kraft Gesetzes, weil er wegen Mißwirtschaft u. dgl. m. entmündigt ist (§ 1426), sei es kraft Ehevertrages (§ 1436), weil die Ehegatten diese Verwaltung und Nutznießung des Mannes ausgeschlossen haben. Sodann aber können die Gatten ihr Güterrecht auch willkürlich durch Vertrag regeln (§ 1432), und zwar können sie einen solchen Vertrag vor und nach Eingehung der Ehe schließen. In § 1434 wird dafür die strengste Form erfordert. „Der Ehevertrag muß bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder vor einem Notar geschlossen werden." Mit dieser Befugnis der Gatten, das Güterrecht willkürlich zu bestimmen, ist der alte deutsche Satz wiederum zum Prinzip erhoben „Gedinge bricht Landrecht". Man hofft aber, daß der Vertrag nicht allzu häufig in der Praxis geschlossen werden wird.[1]) Für solche Fälle eines Ehegedinges stellt das B.G.B. nun drei weitere vertragsmäßige Güterstände auf.

1. Die allgemeine Gütergemeinschaft, wie sie in Westfalen und anderen Provinzen gilt (§§ 1437 ff.).

2. Beschränkte Gütergemeinschaft oder partikuläre Gemeinschaft, im B.G.B. Errungenschaftsgemeinschaft genannt, die namentlich in den fränkischen Ländern gilt (§ 1519).

3. Die sog. Fahrnisgemeinschaft. Das ist die jetzt im französischen und rheinischen Recht geltende Mobiliar- und Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1449 ff.). Aber für dritte Personen muß jede vertragsmäßige Abweichung vom gesetzlichen Güterstand erkennbar gemacht werden durch Eintragung in ein Güterrechtsregister beim Amtsgericht, und zwar bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk der Ehemann wohnt (§ 1435).

---

[1]) Diese Hoffnung hat sich z. B. im Großherzogtum Hessen nicht verwirklicht (Dernburg, Bürg. R. Bd. IV § 37 Anm. 3 S. 121). Nachdem das sog. Regionalsystem zu Fall gebracht ist (Mot. IV S. 134) liegt es nahe, den Wert der Rechtseinheit zu überschätzen. Die „rechte eheliche Gesinnung", Plancks und Dernburgs Leitmotiv (Bürg. R. IV und VI), kann nur für die Mehrheit der Ehepaare einen einheitlichen Güterstand verlangen, während sie sich bei den Minderheiten besondern Bedürfnissen und Verhältnissen anpassen und dadurch eine Abwandlung von dem durchschnittlich Angemessenen erleiden muß. Dem dienen die vereinbarten Güterstände.

Genaueres ist über dies Güterrechtsregister in §§ 1558—1563 enthalten. Diese Eintragung muß dann auch veröffentlicht werden. Jedermann kann das Register einsehen und Abschrift daraus verlangen. Auf diese Weise wird für eine Publizität der vertragsmäßigen Abweichungen vom gesetzlichen Güterrecht gesorgt. Nach § 1435 ist nun die Folge einer unterlassenen Eintragung die, daß Dritten gegen ein mit einem Gatten vorgenommenes Rechtsgeschäft oder gegen ein in einem Prozeß mit einem Gatten erstrittenes Urteil Einwendungen aus der vertragsmäßigen Abweichung („vom regelmäßigen Güterrechte") [1] nur dann entgegengesetzt werden können, wenn diese Abweichung entweder im Güterrechtsregister eingetragen oder dem Dritten bekannt war. War sie eingetragen, so wird die Bekanntheit fingiert. War sie nicht eingetragen, so kann durch den Nachweis der Bekanntheit, die etwa durch eine Zeitungsankündigung erreicht sein kann, einem Dritten der Mangel der bona fides oder richtiger die Kenntnis nachgewiesen werden. Wenn z. B. zwei Ehegatten statt der ehemännlichen Nutznießung und Verwaltung Gütertrennung vereinbart aber die Eintragung nicht bewirkt haben, so kann der Ehemann, obwohl er in die Gütertrennung gewilligt hat, doch immer noch die Nutzung des Frauenvermögens an einen redlichen Dritten wirksam veräußern, und zwar nicht etwa bloß kraft der allgemeinen Regeln über redlichen Erwerb, in dem er Sachen, Früchte u. dgl. m. der Frau tradiert, sondern darüber hinaus wie ein Eigentümer. Er kann z. B. Früchte von einem Landgut der Frau, die er ja kraft der Nutznießung bekommen würde, nicht bloß durch Tradition, sondern auch durch constitutum possessorium mit voller Kraft veräußern. Die allgemeinen Regeln über redlichen Erwerb würden den Erwerber nicht schützen, weil er nicht[2]) Besitz erlangt hat. Eine Forderung auf Zinsen von einer Hypothek, die der Frau gehört, kann der Mann durch Cession an einen redlichen Dritten, der von der Gütertrennung nichts weiß, übertragen; denn diese civilen Früchte, die Zinsen von der Hypothek der Frau, würden ihm gehören, wenn er die Nutznießung hätte. Die Gläubiger des Ehemanns der Frau, die ein Mietshaus hat, können die Mietzinsen dieses Hauses wirksam pfänden, wenn die Gütertrennung nicht eingetragen ist.

[1]) Eingeschoben.

[2]) greifbaren.

10. Güterstand der Verwaltung und Nutznießung.[1] (§§ 1363—1425).

a) Grundzüge.

§ 53.

Das System der Verwaltung und Nutznießung, das jetzt, wie bekannt, im größten Teile von Preußen und in den Ländern des sächsischen Rechts galt, ist im B.G.B. hauptsächlich dem Pr. A.L.R. nachgebildet, jedoch mit sehr erheblicher Aufbesserung der Rechte der Frau,[2] und außerdem mit einer Erweiterung des Erbrechts des überlebenden Ehegatten. Durch diese letzte Abweichung vom preußischen Recht wird der Abstand zwischen dem ehemännlichen Nießbrauch und der Gütergemeinschaft vermindert, und dadurch also die Gleichmäßigkeit des Rechts gefördert. Abgesehen aber von dieser erbrechtlichen Umgestaltung ist die Übereinstimmung des B.G.B. mit dem Pr. A.L.R. doch so groß, daß der Entwurf des preußischen Ausführungsgesetzes zum B.G.B. in Art. 45 geradezu vorschreibt, auch bei den bestehenden Ehen, für welche jetzt der gesetzliche Güterstand des Pr. A.L.R. gilt, fortan die Vorschriften des B.G.B. gelten zu lassen.[3]

Wenn aber bei einer schon bestehenden Ehe der ehemännliche Nießbrauch ausgeschlossen ist, dann sollen für diese Ehe die Vorschriften des B.G.B. über die Gütertrennung eintreten, also auch dann die Vorschriften des Landrechts durch die des B.G.B. ersetzt werden. Ebenso sollen die Vorschriften des B.G.B. über den gesetzlichen Güterstand an Stelle des Märkischen Provinzialrechts bei bestehenden Ehen treten nach Art. 45 desselben Entwurfs.

---

[1] Literatur s. bei Dernburg, Bürg. R. IV § 38 Anm. 1.

[2] Also mit einer Annäherung an das von der sog. Frauenbewegung begehrte System der Gütertrennung. Die Rücksicht auf die ärmeren Klassen gab hierbei allem Anscheine nach den Ausschlag.

[3] Darin liegt nicht bloß eine Anerkennung des Einklanges des neuen Rechtes mit dem alten, sondern auch der Vortrefflichkeit der getroffenen Neuerungen. Vgl. Art. 44—67 des preußischen Ausführungsgesetzes zum B.G.B. und die Motive dieses Gesetzes in der Heymannschen Textausgabe 1899 S. 129 ff., sowie die bei Dernburg, Bürg. R. IV § 38 Anm. 10 angeführte Verordnung, auch Borchardt, Das eheliche Güterrecht und Gütererbrecht der übergeleiteten Ehen in der preußischen Monarchie, Breslau 1903, auch näheres bei Dernburg a. a. O. Anm. 3.

Nur die erbrechtlichen Wirkungen, die der Güterstand nach Märkischem Provinzialrecht hat, sollen bestehen bleiben, insbesondere das Wahlrecht des überlebenden Ehegatten, sein Vermögen einzuwerfen und vom Ganzen die Hälfte zu nehmen, oder auf sein Erbrecht zu verzichten. Aber auch da soll die erbrechtliche Regelung des B.G.B. insoweit Platz greifen, als die überlebenden Ehegatten das Recht haben sollen, statt der bisherigen statutarischen Portion auch die Erbfolge nach dem B.G.B. zu wählen. Das ist eine sehr bedeutende Aufbesserung des Erbrechts des überlebenden Ehegatten. Ist er der ärmere Teil im Verhältnis zum Verstorbenen, so wird er sein Vermögen einwerfen und die Hälfte nehmen — ist er der reichere Teil, so kann er sein Vermögen behalten und braucht nicht auf jene Erbfolge zu verzichten.

Das Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Mannes ergreift nach § 1363 zwar das gesamte Vermögen der Frau, also das sogenannte Eingebrachte mit Einschluß dessen, was sie während der Ehe erwirbt. Indessen ist dies Recht der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung nach § 1364 ausgeschlossen, wenn der Mann die Ehe mit einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Frau und ohne Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters eingegangen ist. Natürlich soll dadurch ein Schutz der Frau gegen Heiraten aus Eigennutz hergestellt werden.

Auch bei Nutznießung und Verwaltung des Ehemannes, also neben dieser, bleiben gewisse wichtige Vermögensgegenstände — wie wir bisher zu sagen pflegten — freies Vermögen der Frau oder, wie nun gesagt werden soll, Vorbehaltsgut.

Dies Vorbehaltsgut, was z. B. in der Begründung zum Entwurfe des preuß. Ausführungsgesetzes immer strenge vom vorbehaltenen Vermögen nach dem Landrecht unterschieden wird, hat einen sehr weiten Umfang erhalten.

a) Nach §§ 1366 und 1367 ist das Vorbehaltsgut kraft Gesetzes jede Sache, die ausschließlich für den persönlichen Gebrauch der Frau bestimmt ist. Das hat der Reichstag so formuliert.[1]) Weiter aber auch alles, was sie durch ihre Arbeit außerhalb der ehemännlichen Erwerbsgemeinschaft oder aus dem selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes[2])

[1]) Es wurde dabei ein weiterer Begriff ins Auge gefaßt, als bei der ähnlichen Vorschrift des A.L.R. II, 1 § 206, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 40, 2 S. 130.

[2]) Hierüber ist bereits eine umfangreiche Literatur entstanden, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 40 Anm. 1 S. 129.

erwirbt. Das geht also sehr weit. Das Pr. A.L.R.[1]) bestimmt hier: „Was die Frau in stehender Ehe erwirbt, erwirbt sie dem Manne." Also was die Frau durch ihre Arbeit erwirbt, erhält Vorbehaltsgutscharakter, wie bei den niederen Ständen als Wäscherin, Näherin u. dgl. m., in höheren Ständen durch Kunst, Gesang, Schauspiel, literarischen oder künstlerischen Beruf.[2]) Das gilt aber nicht bloß für das, was sie berufsmäßig erwirbt, sondern auch für gelegentliche Arbeit. Wenn die Frau Novellen oder Lustspiele schreibt und dafür Honorar bekommt, so ist das Vorbehaltsgut, auch wenn sie aus der Schriftstellerei keinen Beruf gemacht hat. Neben diesem Kreis von Vorbehaltsgegenständen sind

b) nach §§ 1368 und 1369 kraft Willensbestimmung gewisse Gegenstände zu stellen, die durch Ehevertrag oder durch Verfügung des Schenkers oder Erblassers für Vorbehaltsgut der Frau erklärt sind. Diese Erklärung des Ehevertrages kann natürlich auf das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen erstreckt werden. Dann haben wir tatsächlich Gütertrennung, wenn sie auch nicht unter diesem Namen vereinbart ist.

c) Nach § 1370 ist Vorbehaltsgut alles, was auf Grund eines zum Vorbehaltsgut gehörenden Rechtes erworben wird, z. B. der Gewinn aus einem Lotterielose, die Versicherungssumme aus einer Versicherungspolice, oder was als Ersatz für Beschädigung, Zerstörung und Entziehung eines zum Vorbehaltsgut gehörenden Gegenstandes erworben wird, also wenn etwa die Frau ein Grundstück hat und dies zwangsweise enteignet wird, die Expropriationssumme.

Das tritt also kraft Surrogationsprinzips an die Stelle der Sache. Was durch Rechtsgeschäft, das sich auf das Vorbehaltsgut bezieht, erworben wird, wird wiederum Vorbehaltsgut. Z. B. die Inventarstücke, die für ein Haus oder Landgut, das die Frau in ihrem Vorbehaltsgut hat, angeschafft werden, erhalten ebenfalls den Charakter des Vorbehaltsguts. Es ist also nicht erforderlich, daß der Gegenstand aus Mitteln des Vorbehaltsguts erworben wird, sondern es genügt ein Rechtsgeschäft, das sich bloß auf das Vorbehaltsgut bezieht.

Diese Bestimmungen für das Vorbehaltsgut verbessern offenbar die Stellung der Frau gegenüber dem geltenden preußischen Recht ganz

[1]) § 211 A.L.R II, 1.

[2]) Dernburg zählt hierher mit Recht auch die Trinkgelder einer Kellnerin, Bürg. R. IV § 40 S. 129.

außerordentlich. Man erwäge, daß aller Arbeitserwerb der Frau Vorbehaltsgut ist. Das gewährt in den unbemittelten Klassen der Frau tatsächlich die Vorteile der Gütertrennung, welche die Petition der deutschen Frauenvereine so heiß ersehnte.[1]) Daß der Ehevertrag oder die Festsetzung des Schenkers resp. Erblassers den Gegenstand der Zuwendung in Vorbehaltsgut verwandeln kann, gibt auch den bemittelten Klassen die Möglichkeit, solche Trennung des Vermögens herbeizuführen, daß endlich alles, was an die Stelle von Vorbehaltsgutgegenständen tritt, wieder Vorbehaltsgut wird (Surrogationsprinzip), sichert den Fortbestand des vorbehaltenen Vermögens.

Freilich darf man nicht verkennen, daß andrerseits die Nutzung, die der Mann an dem Eingebrachten der Frau hat, außerordentlich verringert worden ist. Dafür ist nun eine Abhilfe getroffen. Nämlich wie bei der Gütertrennung ist nach § 1371 auch beim Vorbehaltsgut die Frau verpflichtet, einen angemessenen Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Aufwands zu leisten, soweit als der Mann nicht schon durch die Nutzung des Eingebrachten einen solchen angemessenen Beitrag erhält. Das erinnert an die römische dos bei der römischen Gütertrennung, wo eben auch die Frau einen Zuschuß geben mußte ad sustinenda onera matrimonii.[2]) Aber der Unterschied liegt darin, daß die dos ein Kapital war, welches die Frau bei Auflösung der Ehe zurückbekam. Dagegen ist der Beitrag des B.G.B. nach § 1371 ebenso wie bei der Gütertrennung im § 1427 charakterisiert als ein solcher, der aus dem Einkommen ihres Vermögens und dem Ertrag ihrer Arbeit oder eines von ihr selbständig betriebenen Erwerbsgeschäftes zu leisten ist. Sie braucht nicht von der Substanz ihres Vermögens etwas hinzugeben, wie das bei der römischen dos der Fall war.[3])

Außerdem kann nach den Motiven zum preußischen Ausführungsgesetze[4]) der Mann sich nun in anderer Weise ein Recht auf angemessene

---

[1]) Der Kampf der sozialdemokratischen Partei gegen das eheliche Güterssystem des B.G.B. im Interesse der ärmsten Volksklassen richtete sich hiernach gegen Windmühlen.

[2]) Eine bekanntlich sehr umstrittene obligatio naturalis zur Dotalbestellung. Dig. XII, 6 fr. 32 § 2, Windscheid-Kipp II § 289, 3, III § 493, 2.

[3]) die dos verschaffte nicht bloß Unterhalt, sondern auch eine würdige Hausherrnstellung, indem sie dem Mann ein Gebiet selbständiger Wirksamkeit gab.

[4]) S. 139.

Verwendung der Einkünfte der Frau sichern; denn der Mann habe ja die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten (§ 1354). Bei Ausübung dieses Rechtes könne er sich allerlei ausbedingen, z. B. wenn er eine Entscheidung im Sinne der Frau trifft, etwas vergütigen lassen. Ob das wirklich Wurzeln schlagen wird und angemessen ist, ist zweifelhaft.[1])

Nach § 1371 wird das Vorbehaltsgut ganz nach den Regeln der Gütertrennung behandelt, also wie getrenntes Vermögen. Die Frau kann frei darüber verfügen. Eine Hauptfolge hiervon ist, daß zur Wirkung der Vorbehaltsguteigenschaft gegen Dritte die Eintragung der Gegenstände in das Güterrechtsregister nötig ist, vgl. §§ 1371, 1431. Dies gilt nicht bloß von dem durch Ehevertrag vorbehaltenen Vermögen, sondern bei jeder Art von Vorbehaltsgut. Darüber stimmen die Motive und alle Kommentatoren überein. Auch das gesetzliche Vorbehaltsgut muß eingetragen werden, also alles, was die Frau zu ihrem ausschließlichen Gebrauch erhalten hat, was sie durch Arbeit erwirbt, was ein Dritter, Schenker oder Erblasser, ihr als Vorbehaltsgut zuwendet u. s. w. Zweifelhaft ist, ob auch Schmucksachen und Kleider der Frau, die zu ihrem ausschließlichen Gebrauch bestimmt sind, eingetragen werden müssen. Das scheint doch geradezu erschreckend. Da würden die Amtsgerichte überlaufen werden. Bei diesen zum ausschließlichen Gebrauch bestimmten Gegenständen ist das aber deshalb nicht nötig, weil sie sich als Vorbehaltsgut von selber zu erkennen geben. Bei einer Brosche und einem seidenen Damenkleid weiß jeder Dritte, daß sie zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmt sind, diese Gegenstände müssen einem Dritten auch ohne Eintragung aus ihrer Qualität als Vorbehaltsgut bekannt sein. Aber wenn man von diesen zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen absieht und an andere Zuwendungen oder an die Surrogate, die an Stelle solcher Zuwendungen treten, denkt, so wird die Vorschrift doch recht bedenklich. Wenn z. B. der Onkel seiner Nichte 50 000 Mark in Wertpapieren vermacht, so müssen diese als Vorbehaltsgut eingetragen werden, denn ihnen ist die Vorbehaltsgutqualität nicht anzusehen. Wenn nun die Frau anfängt zu spekulieren und sich andere Papiere

[1]) Eheherrliche Rechte sind sittliche Pflichten, für die ein Entgelt sich ausbedingen vielen unangemessen erscheinen wird. Darauf scheint Eck hindeuten zu wollen. Übrigens drücken sich die Motive IV S. 139 so allgemein aus, daß es nicht ganz sicher ist, ob sie den von Eck angefochtenen Gedanken äußern wollten.

außerordentlich. Man erwäge, daß aller Arbeitserwerb der Frau Vorbehaltsgut ist. Das gewährt in den unbemittelten Klassen der Frau tatsächlich die Vorteile der Gütertrennung, welche die Petition der deutschen Frauenvereine so heiß ersehnte.[1]) Daß der Ehevertrag oder die Festsetzung des Schenkers resp. Erblassers den Gegenstand der Zuwendung in Vorbehaltsgut verwandeln kann, gibt auch den bemittelten Klassen die Möglichkeit, solche Trennung des Vermögens herbeizuführen, daß endlich alles, was an die Stelle von Vorbehaltsgutgegenständen tritt, wieder Vorbehaltsgut wird (Surrogationsprinzip), sichert den Fortbestand des vorbehaltenen Vermögens.

Freilich darf man nicht verkennen, daß andrerseits die Nutzung, die der Mann an dem Eingebrachten der Frau hat, außerordentlich verringert worden ist. Dafür ist nun eine Abhilfe getroffen. Nämlich wie bei der Gütertrennung ist nach § 1371 auch beim Vorbehaltsgut die Frau verpflichtet, einen angemessenen Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Aufwands zu leisten, soweit als der Mann nicht schon durch die Nutzung des Eingebrachten einen solchen angemessenen Beitrag erhält. Das erinnert an die römische dos bei der römischen Gütertrennung, wo eben auch die Frau einen Zuschuß geben mußte ad sustinenda onera matrimonii.[2]) Aber der Unterschied liegt darin, daß die dos ein Kapital war, welches die Frau bei Auflösung der Ehe zurückbekam. Dagegen ist der Beitrag des B.G.B. nach § 1371 ebenso wie bei der Gütertrennung im § 1427 charakterisiert als ein solcher, der aus dem Einkommen ihres Vermögens und dem Ertrag ihrer Arbeit oder eines von ihr selbständig betriebenen Erwerbsgeschäftes zu leisten ist. Sie braucht nicht von der Substanz ihres Vermögens etwas hinzugeben, wie das bei der römischen dos der Fall war.[3])

Außerdem kann nach den Motiven zum preußischen Ausführungsgesetze[4]) der Mann sich nun in anderer Weise ein Recht auf angemessene

---

[1]) Der Kampf der sozialdemokratischen Partei gegen das eheliche Güterssystem des B.G.B. im Interesse der ärmsten Volksklassen richtete sich hiernach gegen Windmühlen.

[2]) Eine bekanntlich sehr umstrittene obligatio naturalis zur Dotalbestellung. Dig. XII, 6 fr. 32 § 2, Windscheid-Kipp II § 289, 3, III § 493, 2.

[3]) die dos verschaffte nicht bloß Unterhalt, sondern auch eine würdige Hausherrnstellung, indem sie dem Mann ein Gebiet selbständiger Wirksamkeit gab.

[4]) S. 139.

Verwendung der Einkünfte der Frau sichern; denn der Mann habe ja die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten (§ 1354). Bei Ausübung dieses Rechtes könne er sich allerlei ausbedingen, z. B. wenn er eine Entscheidung im Sinne der Frau trifft, etwas vergütigen lassen. Ob das wirklich Wurzeln schlagen wird und angemessen ist, ist zweifelhaft.[1])

Nach § 1371 wird das Vorbehaltsgut ganz nach den Regeln der Gütertrennung behandelt, also wie getrenntes Vermögen. Die Frau kann frei darüber verfügen. Eine Hauptfolge hiervon ist, daß zur Wirkung der Vorbehaltsguteigenschaft gegen Dritte die Eintragung der Gegenstände in das Güterrechtsregister nötig ist, vgl. §§ 1371, 1431. Dies gilt nicht bloß von dem durch Ehevertrag vorbehaltenen Vermögen, sondern bei jeder Art von Vorbehaltsgut. Darüber stimmen die Motive und alle Kommentatoren überein. Auch das gesetzliche Vorbehaltsgut muß eingetragen werden, also alles, was die Frau zu ihrem ausschließlichen Gebrauch erhalten hat, was sie durch Arbeit erwirbt, was ein Dritter, Schenker oder Erblasser, ihr als Vorbehaltsgut zuwendet u. s. w. Zweifelhaft ist, ob auch Schmucksachen und Kleider der Frau, die zu ihrem ausschließlichen Gebrauch bestimmt sind, eingetragen werden müssen. Das scheint doch geradezu erschreckend. Da würden die Amtsgerichte überlaufen werden. Bei diesen zum ausschließlichen Gebrauch bestimmten Gegenständen ist das aber deshalb nicht nötig, weil sie sich als Vorbehaltsgut von selber zu erkennen geben. Bei einer Brosche und einem seidenen Damenkleid weiß jeder Dritte, daß sie zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmt sind, diese Gegenstände müssen einem Dritten auch ohne Eintragung aus ihrer Qualität als Vorbehaltsgut bekannt sein. Aber wenn man von diesen zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen absieht und an andere Zuwendungen oder an die Surrogate, die an Stelle solcher Zuwendungen treten, denkt, so wird die Vorschrift doch recht bedenklich. Wenn z. B. der Onkel seiner Nichte 50 000 Mark in Wertpapieren vermacht, so müssen diese als Vorbehaltsgut eingetragen werden, denn ihnen ist die Vorbehaltsgutqualität nicht anzusehen. Wenn nun die Frau anfängt zu spekulieren und sich andere Papiere

[1]) Eheherrliche Rechte sind sittliche Pflichten, für die ein Entgelt sich ausbedingen vielen unangemessen erscheinen wird. Darauf scheint Eck hindeuten zu wollen. Übrigens drücken sich die Motive IV S. 139 so allgemein aus, daß es nicht ganz sicher ist, ob sie den von Eck angefochtenen Gedanken äußern wollten.

anschafft, müssen diese ebenfalls eingetragen werden und immer mit dem Nummernverzeichnis. Es ist unter Umständen für den Amtsrichter keine Kleinigkeit, Dutzende von solchen Nummern einzutragen; diese Bestimmung kann in hohem Grade unbequem werden. Aber wenn die Frau sich den Schutz des Vorbehaltsguts sichern will, kann sie nicht umhin, diese erneute Eintragung vorzunehmen.[1])

Endlich sind im B.G.B. nicht aufgenommen jene Reihe kleinlicher Maßregeln, wie man wohl sagen kann, die das Pr. A.L.R. beim Vorbehaltsgut anhängte und durch die es die Verfügungsfreiheit der Frau beschränkte. § 223 II 1 des Pr. A.L.R. enthielt die berühmte oder vielmehr berüchtigte Vorschrift: „Doch soll über Juwelen, Gold, Silber und andere bloß zur Pracht bestimmte Sachen, ohne Unterschied, ob sie zum vorbehaltenen Vermögen gehören oder nicht, niemand mit einer Frau, ohne Vorbewußt des Mannes, in Pfand- oder Veräußerungsverträge sich einlassen." Da wurde der Selbständigkeit der Frau die Spitze abgebrochen. Ähnliches bestimmte der gestrichene § 319 A.L.R. II, 1. Ebenso gestrichen ist die Einschränkung der Haftung des Vorbehaltsvermögens für Schulden der Frau. Sie kann frei darüber verfügen, aber es haftet auch für diese Schulden ohne Beschränkung. Nach §§ 1413, 1414 haftet es auch für Schulden, die aus der Verwaltung oder aus dem Vorbehaltsgut selber entspringen. Z. B. wenn die Frau eine Erbschaft als Vorbehaltsgut erwirbt, so haftet es auch für die mit der Erbschaft verbundenen Schulden.

Weiter ist bestimmt, daß das Vorbehaltsgut und nur dieses für Schulden aus einem Erwerbsgeschäft der Frau haftet (§ 1414). Wenn aber die Frau dies Geschäft mit Einwilligung des Mannes selbständig betreibt, so haftet nicht bloß das Vorbehaltsgut, sondern auch das Eingebrachte.

Andere Schulden fallen, wenigstens im Verhältnis der Gatten zu einander dem Vorbehaltsgut zur Last (§§ 1415—1417). Hierüber näheres unten.

---

[1]) Ein guter Geldschrank, dessen Schlüssel sie vor dem Manne verbirgt, wird ihr diese Bemühungen ersparen. — Es besteht übrigens ein Streit darüber, inwieweit die Eintragung des Vorbehaltgutes in eine bloß allgemeine Angabe eingekleidet werden könne. Literatur bei Dernburg, Bürg. R. IV § 39 Anm. 3. Ich möchte der strengeren Ansicht Endemanns (II § 175 Anm. 38) beitreten, weil die Rücksicht auf den guten Glauben Dritter diesen Rechtszweig vornehmlich beherrscht.

b) Die Stellung des Mannes.

§ 54.

Das Recht des Mannes an dem eingebrachten Vermögen der Frau ist nicht, wie im sächsischen B.G.B. und auch im Entwurf I ein Nießbrauch im Sinne eines jus in re aliena. (Auch das Pr. A.L.R.[1]) sagte, er habe alle Rechte und Pflichten des Nießbrauchers.) Die Folge davon wäre, daß alle Streitigkeiten darüber im Prozeß ausgetragen werden müßten. Das hat man vermeiden wollen. Darum ist das Recht des Mannes vielmehr als familienrechtliche Befugnis gedacht, deren Grenze im Streitfall statt des Prozeßrichters der Vormundschaftsrichter zu bestimmen hat.[2]) Zwar hat die Frau einerseits gewisse Ansprüche, die dem bisherigen Recht fremd waren, andererseits aber bestimmt der höchst wichtige § 1394, daß die Frau Ansprüche, die ihr auf Grund der Verwaltung und Nutznießung gegen den Mann zustehen, ihm gegenüber wegen ordnungswidriger Verwaltung erst nach Beendigung der Verwaltung und Nutznießung gerichtlich geltend machen kann, wenn nicht gewisse besondere Voraussetzungen für einen Sicherheitsanspruch vorlägen. Die Frau muß abwarten, bis die Verwaltung und Nutznießung des Mannes endigt, erst dann kann sie Rechnungslegung verlangen.

Was die einzelnen Befugnisse betrifft, so bestimmt zunächst § 1372 neu, daß jeder Gatte die Aufnahme eines Verzeichnisses des Eingebrachten und Feststellung des Zustandes, in dem sich die Gegenstände befinden, verlangen kann. Als Grundlage für die spätere Auseinandersetzung kann jeder Gatte diese Inventarisierung des Eingebrachten beanspruchen. Wer die Kosten bezahlt, sagt das B.G.B. nicht ausdrücklich, aber da das wohl eine Ehestandslast ist, oder zum ehelichen Aufwand gehört, werden sie aus den Einkünften des Eingebrachten zu entnehmen sein.

---

[1]) II, 1 § 231.

[2]) Über die Vereinbarkeit der dinglichen und der familienrechtlichen Natur, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 44 Anm. 1. Es ist streitig, ob das Verwaltungsrecht des Mannes im Verhältnisse zum Nutzungsrechte das „primäre" sei oder nicht; vgl. dagegen und wider Endemann II § 176 Anm. 42 Dernburg, Bürg. R. IV § 41 Anm. 2. Mir ist es zweifelhaft, ob nicht beide Rechte als Überreste früherer Verhältnisse gleich bedeutsam neben einanderstehen. Daß die Nutznießung nur zur Bestreitung der ehelichen Lasten dem Manne eine freie Stellung gewähren soll, ist jedenfalls nicht richtig, da sie über den Betrag dieser Lasten hinausgreift.

Der Mann kann weiter nach § 1573 die zum eingebrachten Gut gehörenden Sachen in Besitz nehmen. Er kann sie allein in Besitz nehmen, nicht Mitbesitz soll er bekommen.[1])

Während nach preußischem Recht bekanntlich der Mann auch die Mobilien des Eingebrachten ohne Zustimmung der Frau veräußern kann, hat er nach § 1374 des B.G.B. nur die ordnungsmäßige Verwaltung. „Nur" steht nicht im B.G.B., ergibt sich aber aus dem Zusammenhange. Das ist eine Hauptabweichung.

Der Mann hat das eingebrachte Gut ordnungsmäßig zu verwalten und die Nutzung nach § 1383 wie ein Nießbraucher zu erheben. Er erwirbt sie zu demselben Umfange und in derselben Weise wie ein Nießbraucher. Nach § 1374 Satz 2 hat er über den Stand der Verwaltung der Frau immer auf Verlangen Auskunft zu erteilen, nicht gerade Rechnung zu legen. Ein Anspruch der Frau auf Rechnungslegung ist suspendirt, bis das Nutzungsrecht des Mannes endigt. Die Auskunft kann freilich unter Umständen von der Rechnungslegung schwer unterscheidbar sein. Dagegen kann der Mann nach § 1375 nicht nur nicht die Frau durch Rechtsgeschäft verpflichten — er kann z. B. nicht eine Wohnung für sich und die Frau so mieten, daß sie Schuldnerin der Miete würde. Dazu würde eine Vollmacht der Frau nötig sein. Er kann auch nicht über das eingebrachte Gut ohne Zustimmung der Frau verfügen. Also kann er bei einem Umzug kein Stück aus ihrer Ausstattung ohne ihre Zustimmung verkaufen. Das ist eine sehr erhebliche Abweichung vom bisherigen Recht. Er muß entweder die Zustimmung der Frau einholen, wenn er im eigenen Namen verkaufen will, oder sich Vollmacht von ihr erteilen lassen, wenn er im Namen der Frau verkaufen will. Folglich können auch dritte Personen von dem Manne eine Sache der Frau nicht kaufen, ohne solche Zustimmung der Frau. Für den Fall, daß die Frau ihre Zustimmung verweigert, während doch die ordnungsmäßige Verwaltung eine solche dringend erfordert, gewährt § 1379 einen Ausweg, indem er bestimmt: „Ist zur ordnungsmäßigen Verwaltung des eingebrachten Gutes ein Rechtsgeschäft erforderlich, zu dem der Mann die Zustimmung der Frau bedarf, so kann die Zustimmung auf Antrag des Mannes durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn die Frau sie ohne ausreichenden Grund verweigert." Nach demselben

[1]) Vgl. oben § 1 S. 6 Anm. 2 u. 3.

Paragraphen kann das Vormundschaftsgericht die Zustimmung der Frau ersetzen, wenn die Frau krank oder abwesend ist.

Darüber hinaus kann der Mann nach § 1376 nur in ganz engen Grenzen ohne die Zustimmung der Frau über Sachen derselben verfügen, nämlich

1. über Geld und andere verbrauchbare Sachen der Frau. Es ist zu erinnern, daß „verbrauchbare Sachen" nach dem B.G.B. ein sehr weiter Begriff sind, nach § 92 „alle Sachen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch oder in der Veräußerung besteht". Hat die Frau z. B. von ihrem verstorbenen Vater ein kaufmännisches Geschäft, ein Warenlager oder dgl. geerbt, so kann der Mann das Warenlager veräußern, denn das gehört zu den verbrauchbaren Sachen.

2. Weiter kann er im Wege der Kompensation verfügen, indem er gegen eine Schuld der Frau, für die das Eingebrachte haftet, eine Gegenforderung der Frau an einen Gläubiger aufrechnet.[1])

3. kann er zur Leistung eines von der Frau geschuldeten Gegenstandes, der zum Eingebrachten gehört, über denselben verfügen. Er kann hiernach nicht Wertpapiere seiner Frau ohne ihre Vollmacht oder Zustimmungserklärung beim Bankier entnehmen; auch nicht ohne eine solche verkaufen lassen, falls der Bankier dies für ratsam hält. Er kann nicht Forderungen der Frau kündigen oder einziehen.[2]) Wenn die Frau z. B. ihrem Bruder ein Kapital unverzinslich noch vor Abschluß der Ehe geliehen hat, und der Bruder nicht zahlen kann oder will, so kann der Mann ohne ihre Zustimmung nicht klagen oder kündigen. Auch wenn der Schuldner der Frau ein derselben zu entrichtendes Kapital bringt, kann der Mann die Zahlung nicht annehmen. In den niederen Ständen kann der Mann nicht die Ausstattung der Frau ohne ihre Vollmacht auf das Leihhaus tragen.[3])

[1]) Sonst würde, um der Aufrechnung auszuweichen, sich der Gläubiger immer an das Eingebrachte und nicht an ihr sonstiges Vermögen halten. Dies würde ihr einen ungerechtfertigten Vorteil gewähren. Auch würde es ihr selbst unvorteilhaft sein, wenn der Mann aus dem Eingebrachten zahlen müßte, ohne dies durch Aufrechnung abwehren zu können. Die Vorschrift war nötig, weil die Aufrechnung des B.G.B. ein schuldtilgendes Rechtsgeschäft, also ein Verfügungsakt ist, keine bloße Abwehrhandlung.

[2]) Dies ist ohne Grund bestritten worden. Wie Eck Dernburg, Bürg. R. IV § 43 Anm. 16, 17.

[3]) Auch hier zeigt sich, daß der Protest gegen das Gesetzbuch im Namen der ärmeren Frauen überflüssig war. Ein Widerspruch hatte lediglich vom Stand-

Man kann dreist prophezeien, daß diese weitgehende Einengung der Machtbefugnisse des Mannes zu einer Fülle von Generalvollmachten, die jetzt nicht nötig sind, führen wird.[1])

Aber auch in jenen bescheidenen Grenzen des § 1376 soll der Mann nur zum Zwecke ordnungsmäßiger Verwaltung über das eingebrachte Gut verfügen (§ 1377 Abs. 1). Dabei hat er Gelder, die zum eingebrachten Gut der Frau gehören, ebenso wie Mündelgelder für die Frau verzinslich anzulegen, soweit das Geld nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereit zu halten ist (§ 1377 Abs. 2). Nur andere verbrauchbare Sachen als Geld darf er auch für sich veräußern und verbrauchen,[2]) aber er muß dafür später nach Beendigung seines Nutzungsrechtes Ersatz leisten (§ 1377 Abs. 3).

Wenn er ein Grundstück samt Inventar als eingebrachtes Gut in seiner Nutzung hat, kann er nach § 1378 mit derselben Freiheit wie ein Nießbraucher über die einzelnen Stücke verfügen.[3])

§ 1377 scheint über alle Maßen beengend. Ich bin persönlich von einer Menge Nicht-Juristen gefragt worden, ob die Bestimmung wirklich ernst gemeint sei, daß sie künftig Kapitalien ihrer Frau nur mündelsicher anlegen müssen. Sie würden ja in der Regel dann nur $3^1/_2$ % beziehen. Auf diese Frage ist zu antworten: Zunächst ist glücklicherweise diese Vorschrift nur eine Soll-Vorschrift, eine Ordnungsvorschrift.

---

punkte der wohlhabenderen Klassen Sinn, damit der Mann nicht ersparte Renten des eingebrachten Gutes zum eigenen Besten kapitalisiere, und auch vom Standpunkte der in der Verfügungsgewalt beschränkten Ehemänner. Da jedoch die Gattinnen trunksüchtiger Proletarier schlechterdings hinsichtlich ihrer Ausstattung geschützt werden mußten, so blieb um der Rechtseinheit willen nichts übrig, als im B.G.B. allen Ehemännern die sog. „Handschellen" der Verfügungsunfähigkeit anzulegen. Die Einsicht der Frauen und die gute Sitte werden sie ihnen oft genug wieder abnehmen.

[1]) Vorsichtige Frauen werden sich vor der Ausstellung solcher Vollmachten zu hüten wissen, falls sie ihnen gefährlich scheinen. Dernburg, Bürg. R. IV § 43 unterscheidet die laufenden Verwaltungshandlungen und die Verfügungen. Gemeinhin rechnet man aber auch gewisse Verfügungen zu den laufenden Verwaltungshandlungen, z. B. Veräußerung der im Haushalte nicht verwendbaren Gartenfrüchte. Hier wird man wohl häufig die Annahme einer Vollmacht auf die Verkehrssitte gründen können.

[2]) Doch darf dies nicht in pflichtwidriger Weise geschehen. Vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 43 Anm. 7 zu Cosack II § 295 (Verfügung über den Wein der Frau).

[3]) Vgl. oben S. 225.

Im zweiten Entwurf stand, daß der Mann die verbotene Anlage nicht machen „dürfe". Das hat man glücklich abgeschwächt in ein bloßes Soll, das zum ersten Male in der Reichstagsvorlage auftaucht. Daraus folgt, daß Dritten gegenüber die Verfügung des Mannes über Geld und andere verbrauchbare Sachen der Frau gültig bleibt, auch wenn sie nicht in ordnungsmäßiger Verwaltung geschieht. Er verletzt dann freilich die Soll-Vorschrift und wird der Frau ersatzpflichtig. Wenn z. B. ein Ehemann 10 000 Mark, die seiner Frau gehören, an einen guten aber sehr unsicheren Freund unverzinslich verleiht, so ist das gültig, obwohl es gewiß nicht zu ordnungsmäßiger Verwaltung geschieht. Wenn der Mann weiter aus dem Warenlager, das seine Frau vom Vater geerbt hat, so und so viel Waren verschleudert, um Geld flüssig zu machen, und eine Vergnügungsreise anzutreten, so bleibt diese Verschleuderung gültig. Oder der Mann verwendet vielleicht eine geldsichere und hochverzinsliche Hypothekenforderung seiner Frau zum Teil zur Aufrechnung gegen eine Kaufgelderschuld, die er mit Zustimmung der Frau kontrahiert hat. Auch dies Geschäft ist gültig. Eben darum ist es für die Frau offenbar gefährlich, ihr Vermögen in Form von baarem Gelde oder von verbrauchbaren Sachen in die Hand des Mannes gelangen zu lassen. Daraus ergibt sich die praktische Folge, daß in Zukunft der Vater oder der Vormund des heiratenden Mädchens gut tun werden, das Vermögen der Tochter oder des Mündels in Hypotheken anzulegen, bei denen die Kündigung auf möglichst lange Zeit ausgeschlossen wird.

Dagegen kann der Mann die Geltendmachung von Rechten der Frau, die zum Eingebrachten gehören, im eigenen Namen vornehmen (§ 1380). Die Geltendmachung von Rechten auch vor Gericht ist eben ein Verwaltungsakt.[1]) Eine Prozeßführung ist keine Verfügung. Verfügung ist im Sprachgebrauch des B.G.B. eine Veräußerung oder Belastung.[2]) Wer aber um ein Recht Prozeß führt, veräußert es nicht und belastet es nicht. Freilich wirkt das Urteil für und gegen die Frau nur dann, wenn der Mann befugt war, über das Recht ohne

[1]) Auch eine Sicherung seines Nutzungsrechtes. Dies steht wohl im Vordergrunde, da das gerichtliche Auftreten des Mannes die Frau in der Regel nicht unmittelbar berührt, s. den Text.

[2]) Über den scharfen Unterschied, den das B.G.B. zwischen den unmittelbaren Verfügungen und den bloß vorbereitenden Verpflichtungen zu einer Verfügung macht, vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 49 Nr. 107 S. 416.

Zustimmung der Frau zu verfügen.[1]) Also wird nur in den engen Grenzen des § 1374 die Prozeßführung des Mannes der Frau präjudizieren, für und gegen die Frau wirksam sein. Darum wird es tatsächlich dahin kommen, daß der Prozeßgegner in der Regel auch eine Klage gegen die Frau miterhebt. Anders ausgedrückt: wenn das Urteil auch der Frau gegenüber wirken soll, muß diese nicht bloß zustimmen, sondern sie muß selber mit Prozeßpartei werden, d. h. Vollmacht erteilen oder selber im Prozeß mit auftreten.

Die erwähnten Beschränkungen der Rechte des Mannes und diese Begünstigungen der Frau will das preußische Ausführungsgesetz zum B.G.B. auch auf die bestehenden Ehen mit erstrecken.[2]) Zur Motivierung sagt der Entwurf nur, es liege kein Grund vor, den schon jetzt verheirateten Frauen diese Verbesserung ihrer Stellung zu versagen. Freilich wird damit auch die Stellung des Mannes sehr bedeutend verschlechtert. Mit diesem einen negativen Argument wird die ganze tiefgreifende Veränderung der bestehenden Ehen gerechtfertigt.[3])

Die Kehrseite der bisher bestimmten Rechte des Mannes, nämlich seine Pflichten, sind gegenüber dem bisherigen Recht nur wenig verändert (§§ 1384—1388).

Der Mann ist der Frau gegenüber verpflichtet, die laufenden Kosten nicht bloß für die Verwaltung, sondern auch für die Erhaltung der zum eingebrachten Gut gehörenden Gegenstände zu tragen (§ 1384), die Zinsen von den geschuldeten Kapitalien zu zahlen, ebenso die der Frau obliegenden öffentlichen Lasten und Abgaben u. s. w. (§ 1385).

Nach § 1387 ist der Mann auch verpflichtet, die Kosten eines Rechtsstreites, zunächst eines Civilprozesses zu tragen, in dem er ein zum eingebrachten Gut gehörendes Recht geltend macht, und auch die Kosten eines Rechtsstreites, den die Frau führt, sofern diese Kosten nicht dem Vorbehaltsgut zur Last fallen.[4]) Auch die Kosten der Ver-

[1]) Ebenso Planck und Dernburg, Bürg. R. IV § 46 Anm. 2, der den Wortlaut des § 1380 als widerspruchsvoll bezeichnet. Abweichende Ansichten siehe bei Dernburg a. a. O.

[2]) Art. 44.

[3]) Der tiefere Grund liegt wohl darin, daß man nach heutigen Anschauungen eine Verbesserung der bisherigen Lage der Frau für unbedingt nötig hielt, um dem ehelichen Leben ein den gegenwärtigen Verhältnissen entsprechendes Gepräge aufzudrücken.

[4]) Dabei ist vorausgesetzt, daß diese Kosten das Vorbehaltsgut unmittelbar betreffen und nicht bloß im Verhältnisse der Gatten zu einander dem Vorbehalts

teidigung der Frau im Strafverfahren muß der Mann seinerseits tragen, sofern die Aufwendung der Kosten den Umständen nach geboten ist.[1])

Außerdem hat er dann natürlich auch den ehelichen Aufwand zu tragen (§ 1389), d. h. natürlich allein zu tragen. Die Frau kann nach demselben Paragraphen verlangen, daß er den Reinertrag des Eingebrachten zum Unterhalt der Familie, soweit als nötig ist, auch wirklich verwendet, ohne Rücksicht auf seine sonstigen Verpflichtungen. Fragt man nun, wer zu beweisen hat, wie weit diese Einkünfte zum Unterhalt der Familie nötig sind, so wird zu sagen sein, daß die Frau ihrerseits das dartun muß, wenn sie die Gläubiger zurückdrängen will. Dies entspricht dem bisherigen preußischen Recht (vgl. Pr. A.L.R. § 256 und § 257 II 1, Entscheidungen des Reichsgerichts, Gruchots Beiträge Bd. 30 S. 968). Aus den Worten des B.G.B. ist es vielleicht nicht so unmittelbar herauszulesen. Der Ehefrau gehörte ein Haus in Berlin, der Mann war in Schulden geraten, der Kreditverein der Friedrichstadt pfändete die Miete von diesem Hause, weil der Mann sie als Nießbrauch zu ziehen habe. Nun intervenierte die Frau gegen den Kreditverein mit dem Verlangen, die Pfändung aufzuheben, weil die Erträge des Hauses zum Unterhalt der gemeinsamen Kinder nötig seien. Darauf erwiderte der Kreditverein, die Frau möge erst beweisen, daß sie kein anderes Vermögen habe, auch kein anderes eingebrachtes Gut, von dessen Erträgen der Mann den Unterhalt bestreiten könne. Die Frau lehnte dies ab. Das Reichsgericht hat aber mit Recht entschieden, daß die Beweislast die Frau treffe. Auch künftig, nach § 1389 des B.G.B., kann sie nicht verlangen, daß die

---

gute zur Last zu legen sind. Das Reichsgericht folgert hieraus namentlich Entsch. Bd. 47 Nr. 17 S. 73, daß der Mann bei der Scheidungsklage den Kostenvorschuß für den Anwalt der Frau tragen müsse. Der Gesetzgeber habe die Frau in einem Streite gegen den Mann nicht schlechter stellen wollen als bei dem Streite gegen Dritte. Vgl. auch über rheinisches Güterrecht Entsch. d. R.G. Bd. 49 Nr. 79 S. 327 ff. Mit Recht nimmt Dernburg an (Bürg. R. IV § 44 S. 147 Anm. 5), daß der Mann bei derartigen Ausgaben den Stamm des Eingebrachten angreifen darf. — Über die hier berührte Frage ist eine erstaunliche Fülle von Meinungsäußerungen emporgeschossen. Vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 44 Anm. 10 S. 148.

[1]) Wenn dies auch keine Unterhaltungskosten im natürlichen Sinne sind, so sind es doch Kosten der Erhaltung ihrer rechtlichen Unantastbarkeit, ein pekuniäres Surrogat der Pflicht des Gatten, für die Frau vor Gericht zu streiten; vgl. oben S. 399 Anm. 1.

sonstigen Verpflichtungen des Mannes unbezahlt bleiben, damit die Erträge des Eingebrachten zu ihrem und der Kinder Unterhalt verwendet werden können.

§ 1390 enthält endlich einmal eine kleine Aufbesserung der Rechte des Mannes. Nach bisherigem preußischem Recht hatte der Mann Ersatz für Aufwendungen zum Zwecke der Verwaltung des Eingebrachten nur dann zu verlangen, wenn die Frau eingewilligt hatte. Künftig kann er Ersatz schon dann verlangen, wenn er die Aufwendungen für erforderlich halten durfte, z. B. wenn er etwa auf das Mietshaus der Frau ein neues Stockwerk gesetzt hat und dies mit Recht für erforderlich hielt.

c) Stellung der Frau.

§ 55.

Die Frau bleibt Eigentümerin des Eingebrachten wie nach bisherigem Recht. Außerdem werden Eigentum der Frau

a) nach § 1381 alle beweglichen Sachen, insbesondere auch Inhaberpapiere und Ordrepapiere, die der Mann aus den Mitteln des Eingebrachten erwirbt. Ebenso steht es auch, wenn er aus den Mitteln des Eingebrachten nur ein Recht an derartigen Sachen erlangt[1]) (§ 1381 Abs. 2). Wenn er z. B. ein Darlehen aus dem Eingebrachten an einen guten Freund gibt und dafür Sachen in Versatz nimmt, so wird das Pfandrecht, das er an den versetzten Sachen erwirbt, Bestandteil des eingebrachten Vermögens. Ausgenommen ist nur der Fall, wenn der Mann nicht für Rechnung des Eingebrachten erwerben will (§ 1381 Abs. 1). Er muß aber beweisen, daß er bei dem Geschäft nicht den Willen hatte, für Rechnung des Eingebrachten zu erwerben. Wenn er im Grundbuch das Recht nicht auf den Namen der Frau, sondern auf seinen Namen eintragen läßt, so hat er seinen Willen, nicht für Rechnung des Eingebrachten zu erwerben, genügend dargetan.

Eine Verbesserung der Frauenstellung liegt hier darin, daß sie nicht bloß wie im preußischem Recht, den Erstattungsanspruch gegen den Mann bekommt, sondern geradezu ein dingliches Recht an den Ersatzstücken, die an Stelle von Mitteln des Eingebrachten treten.

b) Haushaltungsgegenstände, die der Mann an Stelle des Eingebrachten anschafft, gleichviel aus welchen Mitteln, also auch wenn er

[1]) oder ein anderes Recht, zu dessen Übertragung der Abtretungsvertrag genügt. So der Gesetzestext.

sie aus eigenem Vermögen anschafft, werden eingebrachtes Gut (§ 1382). Wenn die Eheleute 25 Jahre zusammen gewirtschaftet haben, und die Ausstattung der Frau gänzlich aufgebraucht ist, die Möbel alle unbrauchbar geworden sind, die Wäsche entwertet ist und der Mann alles neu und viel glänzender anschafft, so wird das alles Eigentum der Frau. Damit wird ein alter deutscher Begriff in überraschender Weise neu belebt, nämlich die „Gerade" der Frau als Vermögensinbegriff, der trotz alles Wechsels der einzelnen Stücke identisch bleibt.

Wenn die Frau hiernach im Punkte des Eigentums sehr begünstigt ist, so hat sie dagegen für Rechtsgeschäfte unter Lebenden ein Verfügungsrecht über das Eingebrachte nicht (§ 1395). Dazu bedarf sie der Einwilligung des Mannes.[1]) Ohne diese ist danach ein einseitiges Rechtsgeschäft der Frau einfach unwirksam (§ 1398).[2]) Wenn sie z. B. ohne Zustimmung des Mannes etwas wegwirft, derelinquiert, so verliert sie das Eigentum nicht. Dagegen ein Vertrag, den sie über Stücke des Eingebrachten ohne Zustimmung des Mannes schließt, ist nach § 1396 und § 1397 geradeso in der Schwebe, wie ein Vertrag, den ein Minderjähriger ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters schließt.[3]) Die Regeln aus dem allgemeinen Teil wiederholen sich hier. Der Mann kann zu einer Erklärung aufgefordert werden. Bis zur Genehmigung des Vertrages kann auch der Vertragsgegner widerrufen, ausgenommen, wenn er gewußt hat, daß die Frau Ehefrau war.

Die Ehefrau kann nun aber zum Zwecke ordnungsmäßiger Besorgung ihrer persönlichen Angelegenheiten[4]) die Zustimmung des Mannes erzwingen, d. h. sie durch das Vormundschaftsgericht ersetzen lassen, wenn der Mann sie ohne ausreichenden Grund verweigert (§ 1402).

[1]) Das Reichsgericht betont (Entsch. Bd. 54 Nr. 13 S. 46,) daß hierin keine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit, sondern nur der Verfügungsfähigkeit liegt.

[2]) Das Reichsgericht nimmt an (Entsch. Bd. 50 Nr. 41 S. 212), daß eine vom Manne bewilligte Kündigung der Frau gelte, wenn sie nicht zurückgewiesen sei, gleichviel, ob die Frau bei ihr die Einwilligung des Mannes behauptet hat oder nicht (vgl. § 111 Satz 2). In der Tat verlangt § 1398 nur die Einwilligung des Mannes, nicht ihre ausdrückliche Erwähnung. — Auf eine Entpfändungserklärung der Frau bezieht sich eine in der Deutschen Juristenzeitung 1903 S. 24 von Sachse besprochene Entscheidung des Kammergerichts, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 46 Anm. 4.

[3]) Dies bezieht sich nicht auf bloß obligatorische Verträge, wie der Ausdruck „verfügt" in § 1396 beweist, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 46 Anm. 2.

[4]) Nicht so bei Rechtsgeschäften, die bloß ihrem Vermögen dienen, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 46 S. 156.

Dagegen ist zu einem bloßen Schuldgeschäft der Frau, also nicht zu einer Veräußerung oder Belastung nach § 1399 die Zustimmung des Mannes nicht erforderlich. Die Frau kann also Schulden machen in infinitum auch ohne Zustimmung des Mannes, und diese Schulden sind gültig.[1]) Freilich ist eine solche ohne Zustimmung des Mannes übernommene Schuldverpflichtung nur für sie selber verbindlich und nicht etwa in Ansehung des Eingebrachten, außer soweit eine Bereicherung des Eingebrachten herbeigeführt worden ist. Dann muß sich der Mann nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung belangen lassen (§ 1399 Abs. 2).[2])

Hat der Mann nicht zugestimmt, so kann das Geschäft, wie schon nach dem Märkischen Provinzialrecht, in Ansehung des eingebrachten Gutes nicht gegen ihn geltend gemacht werden. Namentlich ist zu betonen, daß folgerichtig auch die Prozeßführung der Frau[3]) ohne Zustimmung des Mannes in Ansehung des Eingebrachten gegen den Mann unwirksam ist (§ 1400). Die Prozeßführung ist zwar keine Verfügung, sondern ein Verpflichtungsgeschäft. Aber so lange der Mann die Verwaltung und Nutznießung hat, wird dem klagenden Gläubiger ein Sieg nichts nützen, wenn nicht der Mann seine Zustimmung zur Prozeßführung der Frau erteilt hat.

Gehört das streitige Recht zum Eingebrachten und will die Frau es im Wege der Klage geltend machen, so kann sie das freilich nur mit Zustimmung des Mannes tun (§ 1400 Abs. 2).

Dem Gesagten entspricht es weiter, daß nach § 1403 ein einseitiges Rechtsgeschäft, z. B. eine Kündigung, wenn sie sich auf das

---

[1]) Vgl. die von Dernburg Bürg. R. IV § 46 Anm. 1 angeführte Entscheidung des R.G. in Strafsachen Bd. 35 S. 205. Dernburg läßt die eingebrachten Möbel wegen eines vom Manne nicht anerkannten Mietsvertrages der Frau einem gesetzlichen Pfandrechte haftbar werden, weil nicht der Willensakt der Vermieterin das Pfandrecht begründe. Ich vermag dem nicht beizutreten. Wo ein Gesetz an einen Willensakt die Entstehung von Rechten anknüpft, da wird dieser m. E. dadurch zur rechtsbegründenden Tatsache. Trotzdem kann man der Ansicht Dernburgs beitreten, weil die Verpfändung hier nur ein nebensächlicher Zusatz des Mietsvertrags ist, aus dem die Frau sich verpflichten kann, vgl. Heinsheimer, Das Recht des Mannes am Vermögen der Frau bei dem ordentlichen gesetzlichen Güterstande des B.G.B., Jena 1903, S. 31 ff. Anm. 36.

[2]) Ein Beispiel bei Dernburg, Bürg. R. IV § 46 Anm. 9 S. 154.

[3]) mit einem Dritten.

eingebrachte Gut bezieht, dem Manne gegenüber vorzunehmen ist, da er der Verwalter des Eingebrachten ist. Dagegen wenn sich das einseitige Rechtsgeschäft auf eine Verbindlichkeit der Frau bezieht, etwa auf ein Darlehen, das sie persönlich gegeben hat, so ist das einseitige Rechtsgeschäft[1]) der Frau gegenüber vorzunehmen. Nur soweit es in Ansehung des Eingebrachten auch gegen den Mann wirken soll, auch dem Manne gegenüber. Wenn der Mann der Frau eingebrachtes Geld auf Hypothek gegeben hat, muß der Hypothekenschuldner ihm kündigen. Ebenso wenn die Frau ihren Vater beerbt hat, und die Gläubiger ein Inventar errichtet haben wollen, müssen sie dem Manne die Inventarfrist stecken lassen. Wenn die Frau sich aber etwa ein Reitpferd oder ein Fahrrad gekauft hat, und weil sie ohne Zustimmung des Mannes gehandelt hat, die Schuld gegen das Eingebrachte nicht zu verfolgen ist, wird die Mahnung des Verkäufers auf Zahlung des Kaufgeldes nur an die Frau zu richten sein.

Auf die Frage, wie es zu halten sei, wenn Dritte sich mit der Frau in Geschäfte eingelassen haben, ohne zu wissen, daß sie Ehefrau ist, antwortet § 1404 mit einer bedeutsamen Ausnahme von den sonstigen Regeln über den guten Glauben Dritter: Es können sich die Dritten nicht darauf berufen, daß sie keine Kunde von der Ehefraueigenschaft ihrer Kontrahentin hatten, sondern sie müssen die Verfügungsbeschränkung der Frau gegen sich gelten lassen. Also bleiben die allgemeinen Regeln über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs,[2]) in dem die Frau vielleicht noch als Fräulein aus der Zeit vor der Ehe eingetragen steht, und das Prinzip: „Hand wahre Hand" hier außer Betracht (§ 1404). Der Gedanke, wie ihn Planck[3]) in aller Schärfe ausspricht, ist: Wer mit einem weiblichen Wesen kontrahieren wolle, möge sich vorher unterrichten, ob sie nicht etwa verheiratet ist. Dies scheint natürlich für Dritte sehr hart zu sein, wenn sie vielleicht auf einen Brief, den die Frau nur mit ihrem ehelichen Namen unterschrieben hat, ohne anzugeben, daß sie Ehefrau ist, vertraut haben.[4])

---

[1]) d. h. eine Kündigung von seiten des Darlehnsempfängers.

[2]) Für solche Fragen ist nicht das Grundbuch, sondern das Güterrechtsregister entscheidend; vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 46 Anm. 7 S. 154.

[3]) zu § 1464.

[4]) Insbesondere, wenn der Vatername dem Namen des Gatten gleich ist, die Tatsache der Verheiratung also aus dem Namen nicht folgt; vgl. Literatur bei Dernburg, Bürg. R. IV § 46 Anm. 6.

Wenn jedoch die Frau einem Dritten vorgespiegelt hat, daß sie ledig sei, so haftet sie aus dieser unerlaubten Handlung auf Ersatz und deswegen wird aus der Deliktschuld auch das Eingebrachte mit in Anspruch zu nehmen sein.[1])

Außerdem enthält § 1405 eine wichtige Beschränkung des § 1404. Er bestimmt, daß, wenn die Frau mit Einwilligung des Mannes ein selbständiges Erwerbsgeschäft betreibt, dann seine Zustimmung nicht erforderlich ist „zu solchen Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt". Es ist darauf aufmerksam zu machen, daß hier absichtlich die Wendung vermieden ist, die das Handelsgesetzbuch beim Prokuristen braucht, wonach der Prinzipal für alle Geschäfte haftet, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Hier heißt es der Geschäftsbetrieb, d. h. der konkrete Betrieb, den der Mann seiner Frau gestattet hat.

Der Einwilligung des Mannes steht es gleich, wenn die Frau mit Wissen und ohne Einspruch des Mannes jenes Geschäft betreibt (§ 1405 Abs. 2).

Auch wenn der Mann den Einspruch gegen den Geschäftsbetrieb der Frau erhebt oder ihn wirklich erhoben hat, oder seine Einwilligung widerruft, wirkt das Dritten gegenüber nur nach Maßgabe des § 1435, der die Registrierung verlangt. Also wird die Beschränkung nur bei Eintragung oder Kenntnis des Dritten gegen ihn wirksam werden.

So ist § 1404, der auf den ersten Blick für gutgläubige Dritte erschreckend erscheint, doch nicht so heiß zu genießen, wie er gekocht ist.

Endlich bilden eine Ausnahme von der Verfügungsfähigkeit der Frau einzelne Vorschriften in den §§ 1406 und 1407. § 1406 betrifft außerprozessualische und § 1407 prozessualische Akte. Im § 1406 ist die wichtigste Ausnahme, daß zur Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft, eines Vermächtnisses u. s. w. auch zum Verzicht auf einen Pflichtteil die Frau der Zustimmung des Mannes nicht bedarf. Dies ist auffallend, weil sie hier ipso iure erworben hat. Darauf antworten die Motive[2]): „Wenn sie ausschlägt, ist es so zu halten, als ob sie nie

[1]) Ein Beispiel der von Eck unten behandelten Konsensschulden des § 1399. Dernburg, Bürg. R. IV § 46 S. 154.

[2]) IV S. 243. Das Bedenken, das Eck mit Recht gegen die Begründung der Motive erhebt, trifft auch die gleiche Ausführung des Reichsgerichts, Entsch. Bd. 54 Nr. 77 S. 293. Der Grundsatz, daß der Tote den Lebendigen beerbe (§ 1922) wird an beiden Stellen als etwas bloß Formelles behandelt, was er doch nicht ist.

erworben gehabt hätte." Ob diese juristische Rechtfertigung befriedigend ist, lasse ich dahingestellt.[1])

Wenn der Vater der Frau bis über die Ohren verschuldet verstorben ist, und die Frau, um die Ehre des Vaters zu wahren, nicht ausschlagen will, so wird dadurch das Eingebrachte sehr arg gefährdet. Die Motive[2]) sagen, daß dann der Mann all die Vorsichtsmaßregeln treffen möge, die das Erbrecht an die Hand giebt, ein Inventar errichten u. s. w. Immerhin ist dies eine erhebliche Belästigung.

Weiter bedarf die Frau der Zustimmung des Mannes nicht zur Ablehnung eines Vertrages oder zur Ablehnung einer Schenkung. Vom § 1407 ist nur Nr. 4 hervorzuheben, wonach zur gerichtlichen Geltendmachung eines Widerspruchsrechts gegenüber einer Zwangsvollstreckung die Frau allein ohne Zustimmung des Mannes aktiv legitimiert ist.[3]) Wenn z. B. wegen Schulden des Mannes Sachen der Frau gepfändet werden, die sich in der Wohnung des Mannes befinden, so kann sie dagegen Widerspruch erheben, ohne die Zustimmung des Mannes beibringen zu müssen.

Sicherheit wird der Frau nicht mehr durch einen Titel zur Hypothek gewährt, der im preußischen Recht besteht, aber praktisch in sehr geringer Übung ist. Sie bekommt statt dessen nach § 1391 einen Anspruch auf Sicherheitsleistung, also einen Kautionsanspruch und zwar wegen Gefährdung ihres eingebrachten Gutes,[4]) sowie wegen Gefährdung ihres Ersatzanspruches also wie man wohl zu sagen pflegt, wegen Gutsgefährdung und wegen Ersatzgefährdung.

Die Art und Weise der Sicherung, die sie verlangen kann, gibt § 1392 genau an: Hinterlegung der zum Eingebrachten gehörenden Inhaberpapiere als gesperrtes Depot bei der Reichsbank oder bei einer Hinterlegungsstelle, sodaß also der Mann nicht mehr allein die Papiere herausverlangen kann oder Umschreibung der Papiere auf den Namen

[1]) Ein tieferer Grund liegt wohl darin, daß der Mann im Sinne des B.G.B. der Frau nicht zumuten darf, letztwillige Erwerbe von einer ihr unliebsamen Person zu behalten.

[2]) IV S. 172.

[3]) Der Mann ist wegen eigenen Interesses ungeeignet, mitzureden.

[4]) Bestritten ist, ob auch schlechte Verwaltung des eigenen Vermögens durch den Mann hierher gehöre. Dernburg, Bürg. R. IV § 47 Anm. 3 S. 157, geht mit Recht von dem Grundsatze aus: Lege non distinguente nostrum non est distinguere.

der Frau und Umwandlung in eine Buchforderung an das Reich oder an einen Bundesstaat.

Dadurch ist die Frau zur Genüge gesichert.

d) Schuldenhaftung (§§ 1410—1417).

§ 56.

Die Gläubiger des Mannes haben keinen Zugriff auf das Eingebrachte.[1]) Sie haben also nicht bloß nicht den Zugriff auf die Substanz, ebensowenig wie im preußischen Recht, sondern nicht einmal auf das Nutzungsrecht des Ehemannes. Denn nach § 1408 ist das Nutzungsrecht des Mannes unübertragbar; und was unübertragbar ist, ist bekanntlich nach der C.P.O. auch unpfändbar.[2]) Also kann z. B. künftig nicht mehr ein Gläubiger des Mannes das der Ehefrau gehörende Miethaus in Zwangsverwaltung nehmen lassen, er kann nicht einmal die Revenuen des Mannes zum Gegenstand der Zwangsvollstreckung machen. Die Gläubiger können nur die von dem Manne bereits erworbenen Früchte pfänden, freilich nur bedingt. § 861 der C.P.O. sagt: „Die von dem Ehemann erworbenen Früchte des eingebrachten Gutes sind der Pfändung nicht unterworfen, soweit sie zur Erfüllung der in den §§ 1384—1387 des B.G.B. bestimmten Verpflichtungen des Ehemannes, zur Erfüllung der ihm seiner Frau, seiner früheren Ehefrau oder seinen Verwandten gegenüber gesetzlich obliegenden Unterhaltspflicht und zur Bestreitung seines standesmäßigen Unterhalts erforderlich sind." Haben sie die Mietforderung des Mannes an die im Hause der Frau wohnenden Mieter pfänden lassen, so kann diese Pfändung wieder rückgängig gemacht werden, weil die Miete zur Erfüllung der gesetzlichen Pflichten des Mannes gegenüber der Frau oder den Kindern erforderlich war. Also ist auch in diesem Punkte die Frau sehr günstig gestellt.

Für Schulden der Frau haftet das Eingebrachte nach § 1411 grundsätzlich, soweit nicht die folgenden drei Paragraphen ein anderes bestimmen. Dabei unterliegen die Gläubiger nicht einmal jener Wartefrist, die für Ansprüche der Frau gegen ihren Mann gilt. Die Frau

[1]) Daher das Streben der Gläubiger, die Schuldverträge des Mannes von der Frau mitunterschreiben zu lassen, Endemann II § 179 Anm. 4, Dernburg, Bürg. R. IV § 48 Anm. 2.

[2]) Vgl. C.P.O. §§ 851, 857.

kann erst nach Beendigung des Nießbrauchrechtes ihre Ansprüche geltend machen, die Gläubiger schon vorher.[1]) Wenn der Mann verbrauchbare Sachen der Frau für sich verbraucht hat, haftet er den Gläubigern sofort auf Ersatz (§ 1411 Abs. 2).

Hiernach haftet das Eingebrachte in dem angegebenen Umfang, also auch die Substanz zunächst für voreheliche Schulden der Frau, weiter für ihre Deliktschulden, denn eine Ausnahme für sie wird nicht gemacht. Nach preußischem Recht haftet der Mann[2]) bekanntlich nicht unbedingt für Deliktschulden, nämlich dann nicht, wenn er sich wegen des Delikts scheiden lassen kann.[3]) Das ist im B.G.B. weggelassen.

Nach § 1412 haftet das Eingebrachte auch für die erst während der Ehe von der Frau eingegangenen Schulden, freilich nur bedingt, nämlich dann,[4]) wenn der Mann zugestimmt hatte, es also Konsensschulden sind oder das Geschäft seiner Zustimmung nicht bedurfte. Es ist hierbei daran zu erinnern, daß die Annahme einer Erbschaft von der Frau der Zustimmung des Mannes nicht bedarf. Wenn die Frau die überschuldete Erbschaft des Vaters angenommen hat und keine Vorsichtsmaßregeln getroffen sind, haftet also das Eingebrachte den Nachlaßgläubigern.

Auch für die Kosten eines Prozesses der Frau haftet nach § 1412 Abs. 2 das Eingebrachte unbedingt und zwar selbst dann, wenn das Urteil dem Manne gegenüber in Ansehung des eingebrachten Guts nicht wirksam ist", z. B. auch für die Kosten des Scheidungsprozesses

[1]) Die Gefahr ist nicht ausgeschlossen, daß sie etwa ihrem Bruder eine Scheinforderung einräumt, damit dieser den Inhalt ihres erst später verfolgbaren Anspruchs schon jetzt beitreibe. Hiergegen helfen nur die allgemeinen Regeln über Simulation.

[2]) D. h. er haftet natürlich nur mit dem Eingebrachten, darüber hinaus haftet er gar nicht, Eccius, Preuß. Privatrecht IV § 208 Anm. 70, 70a.

[3]) Vgl. hierzu Striethorst Archiv Bd. 46 S. 133, Entsch. d. O.Tr. Bd. 47 S. 238; Leske, (allerdings auf die Gütergemeinschaft bezüglich) vergl. Darst. Bd. I S. 719 § 183 Anm. 2; Dernburg, Pr. Privatr. III § 23 Anm. 2; Eccius, Pr. Privatrecht a. a. O. Diese machen die im Texte enthaltene Einschränkung nicht. M. E. läßt sie sich nicht aufrecht erhalten; der Gesetzestext schweigt. Koch, Recht der Forderungen Bd. II S. 596 bestritt diese Haftung gänzlich.

[4]) § 1399. Ein Beispiel (§ 1405) s. oben S. 426 Anm. 1. Der Konsens macht nicht persönlich haftbar, im Gegensatze zum § 329 A.L.R. II, 1 Dernburg Bürg. R. IV § 46 Anm. 8.

mit ihrem Manne.[1]) Wenn sie abgewiesen wird, muß der Mann die Kosten aus dem Eingebrachten bezahlen.

Andrerseits tritt keine Haftung des Eingebrachten ein für die Verbindlichkeiten aus dem Erwerb einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, wenn sie von der Frau nach Eingehung der Ehe als Vorbehaltsgut erworben worden sind, oder wenn die Frau ein Geschäft infolge eines zum Vorbehaltsgut gehörenden Rechtes abgeschlossen hat (§§ 1413 und 1414).

Die Klage des Gläubigers, der auf das Eingebrachte seinen Zugriff nehmen will, muß nach § 739 der C.P.O. wie bisher, gegen beide Gatten gerichtet werden, gegen die Frau auf Leistung und gegen den Mann auf Duldung der Zwangsvollstreckung.[2]) Diese weitgehende Haftung wird indessen zu Gunsten des Mannes einigermaßen dadurch ausgeglichen, daß nach § 1415 und 1416 gewisse Verbindlichkeiten der Frau, die das Eingebrachte belasten, im Verhältnis der Gatten zu einander dem Vorbehaltsgut zur Last fallen sollen. Der Mann muß zwar die Bezahlung dieser Verpflichtungen aus dem Eingebrachten leisten, kann sich aber nachher an dem Vorbehaltsgut schadlos halten. Im § 1415 sind vor allem Deliktschulden erwähnt, auch Schulden, die bei der Eingehung der Ehe Vorbehaltsgut geworden sind, und die Kosten des Prozesses über darauf bezügliche Verbindlichkeiten; im § 1416 die Kosten des Prozesses zwischen den Eheleuten selbst, wenn nicht der Mann zur Tragung der Kosten verurteilt worden ist; ferner die Kosten des Prozesses zwischen der Frau und einem Dritten, aber da mit gewissen Ausnahmen.

Der Hauptgesichtspunkt der Zuweisung gewisser Verbindlichkeiten zu Lasten des Vorbehaltsguts im Verhältnis der Ehegatten unter einander ergibt sich aus § 1417. Es besteht eine Pflicht zum Ersatz aus dem haftenden Gute an das nicht haftende, wenn aus dem letzteren die Verbindlichkeit errichtet worden ist. Das nicht haftende kann gewissermaßen Regreß nehmen. Hat der Mann eine Deliktschuld der Frau aus dem Eingebrachten bezahlt, was er freilich muß, so kann er doch Ersatz aus dem Vorbehaltsgut verlangen (§ 1415). Wenn dagegen die Frau eine Konsensschuld des Mannes, für die das

[1]) Hiervon war schon oben die Rede vgl. S. 399 Anm. 1.

[2]) Vgl. hierzu O. Geib, Die Zwangsvollstreckung ins eingebrachte Gut, insbesondere nach § 741 C.P.O., Arch. f. civ. Praxis Bd. 94 S. 317 ff. und die bei Dernburg, Bürg. R. IV § 46 Anm. 3 Angeführten.

Eingebrachte haftet, aus dem Vorbehaltsgut bezahlt hat, so kann sie aus dem Eingebrachten Ersatz verlangen. Aber dieser Ersatz ist doch immer nur aus dem anderen Vermögen geschuldet. Also fällt die Ersatzpflicht weg, wenn solch anderes Vermögen nicht vorhanden ist. Daraus ergibt sich von selbst, daß wir hier eine Realobligation[1]) haben, wie im Seerecht die Bodmereischuld, für die nur das Schiffsvermögen haftet.[2])

e) Beendigung des ehemännlichen Nießbrauchs.

§ 57.

Die ehemännliche Verwaltung und Nutznießung endigt natürlich mit der Auflösung der Ehe, aber unter Umständen auch schon vorher (§§ 1418—1425), nämlich:

1. zufolge einer Klage der Frau auf Aufhebung der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung.

Die Voraussetzungen, unter denen die Frau diese Aufhebung verlangen kann, sind Gefährdung ihres Unterhalts, wenn der Mann entmündigt ist, einen Pfleger erhalten hat u. dgl. m. (§ 1418).

2. auch von Rechtswegen ohne Klage der Frau beim Konkurs des Mannes (§ 1419).[3])

3. bei Todeserklärung des Mannes (§ 1420).

Die Folgen der Beendigung behandelt § 1421. Sie besteht in der Verpflichtung des Mannes zur Herausgabe des Eingebrachten[4]) und zur Rechenschaftslegung. Bei einer Klage der Frau auf Aufhebung der Verwaltung hat schon die Erhebung der Klage dieselbe Wirkung, wie die Rechtshängigkeit eines Herausgabeanspruches (§ 1422). Hier

[1]) D. h. doch wohl nur eine sachlich beschränkte Haftung, nicht etwa eine Haftung der gesonderten Vermögensverwaltungen als echter juristischer Personen. Vgl. auch über die verschiedenen Arten von Gläubigern beim Konkurse der Frau Dernburg, Bürg. R. IV § 49 S. 161.

[2]) Man spricht hier von einer Ausgleichungspflicht unter den beiden Gütermassen, Dernburg, Bürg. R. IV § 4a.

[3]) Sofern der Konkurs sein ganzes Vermögen umfaßt. Dernburg, Bürg. R. IV § 51 S. 164.

[4]) Dernburg nimmt mit Recht an, daß die Frau auch auf einzelne Stücke klagen könne, Bürg. R. IV § 51 S. 166. M. E. entscheidet hier die Analogie des Erbschaftsanspruchs. Das weiterhin für diesen Fall von Dernburg Behauptete halte ich nicht für unbedenklich.

bricht wieder der Gedanke durch, daß ein Anspruch im Sinne des B.G.B. nur der auf eine Leistung gerichtete ist, also die Klage der Frau auf Aufhebung der Verwaltung keinen Anspruch geltend macht. Darum fingiert § 1422, daß bei dieser Klage ein Herausgabeanspruch erhoben werde, und mit Rücksicht darauf tritt eine verschärfte Haftung des verklagten Mannes ein.

Hat der Mann ein Grundstück als Eingebrachtes in Händen und hat er es vermietet oder verpachtet, so bricht die Herausgabe des Grundstücks an die Frau das Miet- oder Pachtverhältnis nicht (§ 1423), ebensowenig wie eine freiwillige Veräußerung des Hauswirts die Miete bricht. Sonst könnten Mann und Frau ihre Mieter und Pächter leicht los werden, indem sie sich einigen, daß die Frau die Herausgabepflicht gegen den Mann geltend machen soll. Miete und Pacht wird somit ebensowenig gebrochen, wie wenn ein wahrer Nießbrauch erlischt[1]) und dem Eigentümer heimfällt, vielmehr tritt die Frau wie ein neuer Hauseigentümer in alle Rechte und Pflichten aus dem Miets- und Pachtverhältnis ein.

Auch nach Beendigung der Verwaltung und Nutznießung kann der Mann zur Fortführung derselben berechtigt bleiben, wenn er die Beendigung noch nicht kennt, oder der Beendigungsgrund im Tode der Frau besteht (§ 1424). Ein Dritter kann sich auf jene Unkenntnis des Mannes nicht berufen, wenn er die Beendigung kannte oder kennen mußte.[2])

Endlich kann unter Umständen der Mann auch auf Wiederherstellung der ihm entzogenen Rechte klagen (§ 1425). Dann muß aber diese Wiederherstellung seiner Rechte ebenso neu in das Register eingetragen werden, wie zuvor die Aufhebung eingetragen werden mußte (§ 1431 Abs. 2).

Die Hauptveränderungen in der Stellung der Frau nach ehelichem Güterrecht lassen sich mit wenigen Worten zusammenfassen. Sie ist sehr viel besser gestellt als bisher

1. durch die Umgestaltung der praesumtio Muciana. Die gilt zu ihren Lasten nur zu Gunsten der Gläubiger des Mannes, und umgekehrt zu ihren Gunsten, was bisher noch gar nicht bekannt war;

2. durch die bedeutende Ausdehnung des Vorbehaltsguts,

[1]) Vgl. oben S. 238.

[2]) Seitenstücke des Auftrages. §§ 674, 173.

3. durch die Beschränkung der Veräußerungsbefugnis des Mannes, indem er über Fahrnis nicht mehr ohne Zustimmung der Frau verfügen kann, außer in den engen Grenzen des § 1376, bei barem Geld und verbrauchbaren Sachen,

4. durch das Surrogationsprinzip bei Anschaffung von Haushaltungsgegenständen aus dem Eingebrachten. Bisher hatten wir bekanntlich das deutsche Sprichwort: „Frauen Gut wächst nicht und schwindet nicht." Die zweite Hälfte gilt noch, aber wachsen kann das Frauengut in sehr bedeutendem Maße,

5. durch die größere Selbständigkeit der Frau bei Rechtsgeschäften,

6. durch die Hilfe des Vormundschaftsgerichts, das die Zustimmungserklärung des Mannes ersetzen kann.

Das sind wahrlich bedeutende Aufbesserungen der Stellung der Frau. Aber man wird andrerseits doch nicht verkennen können, daß mit der Selbständigkeit der Frau in der Befugnis, Schulden zu machen, und mit der Ausdehnung ihres Vorbehaltsguts auch eine große Gefahr herauf beschworen wird. Die Schulden, welche die Frau ohne Zustimmung des Mannes gemacht hat, können durch Zugriff auf das erweiterte Vorbehaltsgut geltend gemacht werden. Z. B. der Arbeitsverdienst, den die Frau selbständig erworben hat, die Miete, die fällig ist, können gepfändet werden u. s. w. und ihr dadurch verloren gehen. Man wird wohl sagen müssen, der Gewinn, den die Frauen durch ihre Petitionen erzielt haben, hat auch seine Kehrseite. Die Zukunft wird lehren, ob nicht die Frauen nach den neuen Bestimmungen sehr viel häufiger als bisher werden übervorteilt werden, namentlich, indem man sie bestimmt, Schulden einzugehen, die dann gegen ihr Vorbehaltsgut verfolgt werden können.[1])

11. Gütertrennung. (§§ 1426—1431.)[2])

§ 58.

Die Gütertrennung tritt bloß in einigen Fällen ein. Wenn der Mann eine beschränkt geschäftsfähige Frau ohne Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters geheiratet hat, so ist dauernde Gütertrennung die

[1]) Dieser Gedanke erinnert an das S. C. Vellejanum. Die neuere Zeit zwingt aber dazu, den Frauen eine gewisse Selbstverteidigung ihrer wirtschaftlichen Lage anzuvertrauen.

[2]) Literatur bei Dernburg, Bürg. R. IV § 52 Anm. 1.

Folge (§ 1364).[1]) Ferner nach § 1436, wenn der gesetzliche Güterstand ausgeschlossen wird ohne eine Ersatzbestimmung. (Ob das sehr häufig vorkommen wird, ist fraglich.) Weiter nach § 1426, wenn während der Ehe der bestehende Güterstand oder die Gütergemeinschaft aufgehoben wird, etwa weil der Mann entmündigt ist, oder einen Pfleger bekommen hat.

Bei der Gütertrennung gilt nach § 1427 der Satz, der hier auffallen kann, daß der Mann allein den ehelichen Aufwand zu tragen hat, obwohl er von der Ehefrau nichts hat. Indessen hier kommt jene Milderung hinzu, die schon vorher in Erinnerung an die römische dos berührt wurde. Er kann von der Frau einen Beitrag verlangen aus ihren Einkünften oder ihrem Arbeitsertrag, aber er kann nicht ein Kapital fordern (§ 1427).[2]) Die Frau kann den Beitrag zurückhalten, wenn eine Gefährdung des Unterhalts für sie oder die Kinder zu besorgen ist, oder der Mann entmündigt ist, einen Pfleger erhalten hat u. s. w. (§ 1428).

Wenn aber die Frau umgekehrt mehr gibt, als sie zu geben verpflichtet war, was wohl auch bei der Gütertrennung öfter vorkommen wird, so bestimmt § 1429, daß im Zweifel die Frau das ohne Ersatzanspruch tut. Der Gedanke ist, daß hier nicht eine rechtsgeschäftliche Forderung, sondern ein familienrechtliches Verhältnis vorliegt, vorausgesetzt nur, daß die Frau dies zur Bestreitung des ehelichen Aufwands getan hat. Ja, wenn sie sogar ihr Vermögen ganz oder teilweise dem Manne zur Verfügung überläßt, hat er nach § 1430 nicht eine kontraktliche Stellung, sondern eine familienrechtliche. Er kann daher den Überschuß der Einkünfte des ihm gegebenen Vermögens über die Kosten der ordnungsmäßigen Verwaltung nach freiem Ermessen verwenden. Aber abgesehen von diesen besondern Ausnahmen wird die Frau bei der Gütertrennung so selbständig, wie einst bei dem römischen Paraphernalvermögen.

Dritten gegenüber ist nach § 1431, wie schon wiederholt berührt wurde, die Gütertrennung nur bei Eintragung in das Güterrechtsregister oder bei Kenntnis des Dritten von der eingetretenen Trennung wirksam.

---

[1]) Gründe für diese Sondervorschrift s. bei Dernburg, Bürg. R. IV § 52.

[2]) Diesen Anspruch hält Dernburg, Bürg. R. IV § 54 Anm. 1 S. 170 mit Recht für unverzichtbar. Er bekämpft unwürdige eheliche Zustände, die im Sinne des Gesetzgebers dem Gemeinwohl widersprechen.

12. Vertragsmäßige Güterstände.[1])

a) Allgemeines (§§ 1432—1436).

§ 59.

Die Ehegatten können ihr güterrechtliches Verhältnis durch einen Ehevertrag regeln und zwar nicht bloß vor Eingehung, sondern auch nach Eingehung der Ehe (§ 1432). Das ist eine bemerkenswerte Abweichung vom preußisch-rheinischen Recht, wonach die einmal eingetretene Gütergemeinschaft nicht mehr abgeändert werden kann.[2]) Jedoch kann diese Vereinbarung nur in der strengsten Form festgesetzt werden (§ 1434), nämlich durch Ehevertrag, der bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor Gericht oder vor einem Notar geschlossen werden muß.[3]) Damit ist also ein altdeutsches Sprichwort in Bezug auf das eheliche Güterrecht wieder hergestellt: „Gedinge bricht Landrecht."[4])

Die Regelung kann durch Einzelbestimmungen geschehen, denen keinerlei andere Schranken gezogen, als die allgemeinen, daß sie nicht gegen die guten Sitten verstoßen dürfen.[5]) Es könnte z. B. der Frau

[1]) Ihre Zulassung sollte einen Ersatz für das verworfene Regionalsystem bieten. Vgl. über die gegenteiligen Ansichten Dernburg, Bürg. R. IV § 37 Anm. 3 S. 121. — Für das B.G.B. spricht, daß es nicht die Gegenden als solche sind, die Verschiedenheiten des Güterstandes hervorgerufen haben, sondern die Unterschiede in der wirtschaftlichen Lage verschiedener Gesellschaftsklassen. Die Gegenden spielten dabei nur insofern eine Rolle, als in der einen Gegend diese, in der andern jene Klasse ein Übergewicht hatte. Indem man im B.G.B. darauf keine Rücksicht nahm und andererseits allen Gesellschaftskreisen die Möglichkeit bot, ihre Sonderwünsche durch Verträge zu befriedigen, schuf man ein Recht, das zugleich einheitlich und schmiegsam ist, vgl. oben S. 407 Anm. 1. Einen Vorzug des früheren Rechts hebt Dernburg hervor, Bürg. R. IV § 56 Anm. 1.

[2]) Wenn man erst einmal verschiedene Güterrechtssysteme nebeneinander zuläßt, also anerkennt, daß zu andern Lebensverhältnissen auch andere Formen des Ehegüterrechtes passen, so muß man auch der Möglichkeit Rechnung tragen, daß eine Änderung in den Verhältnissen der Gatten ein verändertes Güterrecht erwünscht macht. Dies tut das B.G.B.

[3]) Art. 31 des preuß. A.G. zum Ges. über freiw. Gerichtsb. Die gleiche Form ist auch für einen Vorvertrag nötig, Entsch. d. R.G. Bd. 48 Nr. 41 S. 186. Über die Anwesenheit der gesetzlichen Vertreter bei dem Vertragsabschlusse vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 56 Anm. 2.

[4]) Über die streitige Grenze solcher allgemeiner Verabredungen und der Verträge über einzelne Vermögensstücke vgl. Dernburg, Bürg. R. IV S. 174 § 54.

[5]) An das Wesen des unter ihnen geltenden Güterstems sind die Gatten dabei nicht gebunden. So Cosack II § 292 und Dernburg, Bürg. R. § 54 Anm. 2

im Ehevertrag Verwaltung und Nutznießung am Vermögen des Mannes eingeräumt werden. Das würde nicht den guten Sitten widerstreben.[1]) Natürlich kann aber statt der Einzelbestimmungen auch kurz auf eines der im B.G.B. geregelten Güterrechte, also auf die Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft oder dgl. m. verwiesen werden. Dagegen kann nach § 1433 nicht auf ein ausländisches oder ein nicht mehr geltendes Güterrecht verwiesen werden. Namentlich das letztere ist ausgeschlossen worden, weil man meinte, es könnte die Einbürgerung der neuen Bestimmungen erschwert werden, wenn z. B. die Württemberger einfach auf ihre bisherige Errungenschaftsgemeinschaft in den Eheverträgen Bezug nehmen dürften. Nur ausnahmsweise ist auch solche Verweisung statthaft, wenn der Mann im Auslande seinen Wohnsitz hat. Hier kann im Ehevertrag auf das in diesem Orte geltende Güterrecht verwiesen werden (§ 1433 Abs. 2).

Übrigens gibt Art. 200 Abs. 2 des Einführungsgesetzes für die am 1. Januar 1900 bereits bestehenden Ehen die Regelung des Güterrechts durch Ehevertrag frei, soweit als sie für neu zu schließende Ehen nach dem B.G.B. zulässig sein würden. Also würden fortan z. B. Leute, die in der Rheinprovinz bereits verheiratet sind, vom 1. Januar 1900 die Möglichkeit eines Ehevertrages und einer Abänderung ihres Güterrechts erlangen.

Einwendungen aus einem Vertrage, der die gesetzliche Verwaltung und Nutznießung des Mannes am Frauenvermögen ändert oder ausschließt, können nach § 1435 dem Anspruch eines Dritten aus einem Rechtsgeschäft oder Urteil, das er mit einem Ehegatten erstritten hat, nur dann entgegengesetzt werden, wenn jener Ehevertrag in das Güterrechtsregister eingetragen oder dem Dritten bekannt war. Das Gleiche gilt auch von jeder Wiederaufhebung einer im Register bereits eingetragenen Änderung. Es ist zu betonen, daß im § 1435 nur die Rede ist von einem Gläubiger, der mit einem Gatten das Rechtsgeschäft vorgenommen oder in einem

---

S. 172 gegen Planck 2 zu § 1432. Natürlich darf die Ausführbarkeit des Ehevertrages nicht durch innere Widersprüche gehemmt werden.

[1]) Hierüber ließe sich streiten. Ein sichtbares Übergewicht der Frau über den Mann in dessen Angelegenheiten verletzt das Anstandsgefühl. — Eds Beispiel erinnert an den tatsächlich vorgekommenen Vertrag, in dem ein Gatte seinen gesamten zukünftigen Erwerb als Vorbehaltsgut der Frau bestimmt hatte, vgl. gegen dessen in der Praxis anerkannte Gültigkeit Dernburg, Bürg. R. § 54 Anm. 1 S. 172.

Prozeß mit ihm ein Urteil erstritten hat, mit anderen Worten, nur von Geschäftsgläubigern. Allen anderen Gläubigern als diesen kann eine Änderung des Güterrechts auch ohne jene Beschränkung auf Eingetragenheit entgegengesetzt werden; z. B. einem Deliktgläubiger. Wenn ein Arzt fahrlässigerweise einen Patienten benachteiligt hat und dieser nun zur Sicherung seiner Entschädigungsforderung etwa die Früchte vom Vermögen der Frau des Arztes pfänden will, so kann ihm, auch ohne daß etwas in das Güterrechtsregister eingetragen war, der Einwand entgegengesetzt werden, daß die ehemännliche Nutzung durch Vertrag zwischen Arzt und Frau ausgeschlossen war.[1])

Endlich sind die Regeln des B.G.B. über jeden einzelnen vertragsmäßigen Güterstand nicht zwingendes Recht, sondern können durch Vertrag beeinflußt werden.

§ 1518 enthält die einzige erhebliche Ausnahme. Es können bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft solche Änderungen nicht vorgenommen werden, weil bei ihr gewisse Begünstigungen der Kinder eine unerläßliche Vorbedingung für die Beschränkung ihres Erbrechts sind, die durch die fortgesetzte Gütergemeinschaft eintritt. Die Regeln der übrigen Güterstände sind nur dispositiv.

b) Allgemeine Gütergemeinschaft (§§ 1437—1518).

§ 60.

Wir können Regeln der allgemeinen Gütergemeinschaft bei stehender Ehe (§§ 1437—1481) und bei aufgelöster Ehe, also nach dem Tode eines der Gatten (§§ 1482—1518) unterscheiden.

Bei der Gütergemeinschaft wird nach § 1438 das Vermögen beider Gatten von selber gemeinschaftlich und zwar mit Einschluß dessen, was der eine oder andere Gatte erst in stehender Ehe erwirbt. Es tritt also eine eigentümliche Universalsukzession kraft Gesetzes ein, indem jeder Gatte das, was er bisher für sich allein hatte, an den andern mit der Ehe wenigstens zu einem Anteil verliert. Dies gemeinschaftliche Vermögen heißt man das Gesamtgut. Dasselbe steht aber dem Gatten nicht etwa, wie man für das gemeine Recht vielfach behauptet, zu Bruchteilen oder zu intellektuellen Teilen, sondern vielmehr zu gesamter Hand zu. Folgeweise werden gerade wie bei der Erb-

[1]) Vorausgesetzt ist, daß der Patient nicht etwa aus einem Vertrage klagt. Er würde dies z. B. nicht können, wenn nicht er selbst, sondern zu seinen Gunsten ein anderer den Arzt angenommen haben sollte.

schaft, die mehreren Miterben zusteht, auch die einzelnen Gegenstände der Gesamtheit, also die einzelnen Aktiva und Passiva von selber gemeinschaftlich, ohne daß es erst eines besonderen Eintragungsaktes bedarf. Daraus folgt sofort, daß selbst Rechte an Grundstücken ohne Umschreibung im Grundbuch gütergemeinschaftlich werden. Freilich kann bei solchen Rechten an Grundstücken nach demselben § 1438 Abs. 3 jeder Gatte auch nachträgliche Berichtigung des Grundbuchs verlangen, also Eintragung des Grundstücks auf die in Gütergemeinschaft lebenden Gatten, während bei dem gesetzlichen Güterstand der ehemännliche Nießbrauch nicht eingetragen werden kann.[1])

Von dem Gesamtgut sind nur engbegrenzte Vermögensgruppen ausgeschlossen, nämlich

a) nach § 1439 die unübertragbaren Rechte, also etwa Lehen und Familienfideikommisse eines Gatten. Diese bilden, wie man zu sagen vorgeschlagen hat, ein Sondergut. Sie werden eigentümlich behandelt, nämlich ebenso, wie bei der Errungenschaftsgemeinschaft eingebrachtes Gut. Darauf wird hier voraus verwiesen. Das will besagen: Der Mann hat zwar die Verwaltung an diesen unübertragbaren Rechten, mögen es seine oder mögen es Rechte der Frau sein, aber die Verwaltung geschieht für Rechnung des Gesamtgutes, und die Früchte, die von dem Familienfideikommiß des Mannes oder der Frau aufkommen, fallen in das Gesamtgut.

b) Ebenso ist vom Gesamtgut das Vorbehaltsgut des einen oder des anderen Gatten ausgeschlossen (§ 1440). Es ist zu bemerken, daß bei der allgemeinen Gütergemeinschaft nicht bloß die Frau Vorbehaltsgut haben kann, sondern auch der Mann, und daß sich dann drei Gütermassen ergeben: Gesamtgut der beiden Gatten, Vorbehaltsgut der Frau und Vorbehaltsgut des Mannes. Jedoch ist das Vorbehaltsgut hier in enge Grenzen geschlossen, viel enger bestimmt als bei dem gesetzlichen Güterstande. Nämlich: Vorbehaltsgut ist nach § 1440 nur, was durch Ehevertrag dafür erklärt wird, oder — wie aus der Verweisung zu entnehmen ist — was durch Erbschaft oder Schenkung erworben wird und zwar mit der Bestimmung des Gebers, daß es Vorbehaltsgut werden soll; endlich auch, was als Surrogat an Stelle von Vorbehaltsgutsstücken tritt.

Das Rechtsverhältnis am Gesamtgut ist gerade, wie wir das bei der Gesellschaft im Obligationenrecht schon gesehen haben, das Ver-

[1]) Vgl. §§ 34, 35 Grundbuchordnung.

hältnis der gesamten Hand; d. h. es bestehen zwar an dem Gesamtgut für jeden Gatten Anteile am Ganzen und folgeweise auch an den einzelnen zum Ganzen gehörigen Gegenständen, aber diese Anteile sind latent oder gebunden, sie sind unlöslich in dem Ganzen enthalten. Daraus folgt, daß kein Gatte über seinen Anteil am Ganzen und an den einzelnen Stücken verfügen kann (§ 1442). Er kann auch nicht Teilung verlangen. Nach § 860 C.P.O. können auch die Gläubiger eines Gatten dessen Anteil nicht pfänden, ehe nicht die Gemeinschaft beendigt ist. Das gilt in gleicher Weise für die drei Güterstände der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnisgemeinschaft. Das Gleiche gilt bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft von den Anteilen des überlebenden Ehegatten und der Abkömmlinge.

Eine Konsequenz aus der Grundnatur des Gesamtgutes ist, daß ein Schuldner des Gesamtgutes nur eine solche Forderung gegen seine Schuld aufrechnen kann, für die das Gesamtgut haftet (§ 1442). Damit ist also das Gesamtgut als ein eigenes Vermögen charakterisiert.

Andererseits hat nun nach § 1443 der Mann die Verwaltung des Gesamtgutes mit viel weitergehender Machtbefugnis als er sie bei dem Güterstand der Verwaltung und Nutznießung an dem eingebrachten Vermögen der Frau hat. Der Grund dafür ist naheliegend. In dem Gesamtgut ist ja das eigene Vermögen des Mannes mit enthalten. Sollte er also in bezug auf das Gesamtgut ebenso beschränkt sein wie bei dem gesetzlichen Güterstand in bezug auf das eingebrachte Vermögen der Frau, so würde er durch die Ehe die Verfügung über sein eigenes Vermögen fast ganz verlieren. Eben darum kann er über das Gesamtgut verfügen und Prozesse im eigenen Namen führen.[1])

Auch für die Schulden des Mannes haftet das Gesamtgut, und zwar gleichviel, ob er sie ausdrücklich für dasselbe kontrahiert hat oder nicht (§ 1459).

Hieraus ergibt sich, daß er durch seine Verfügung über das Gesamtgut mittelbar die Frau um ihren ganzen Anteil bringen kann. Aber soweit geht freilich das B.G.B. nicht, wie viele Landesrechte, die Gütergemeinschaft hatten, und nach denen der Mann die Frau sogar

[1]) Neben diesem Gesichtspunkte wirkt wohl mindestens ebenso stark das Bestreben, dem Manne es möglich zu machen, durch einheitliche, unumschränkte Bewirtschaftung der verbundenen Massen die für die Ehe erwünschten Erträge zu gewinnen, vgl. Mot. Bd. IV S. 364, 398. Charakteristisch ist der Standpunkt des ersten Redaktors, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 573 S. 184.

persönlich verpflichten konnte. Mit andern Worten: Der Mann kann nur sich, das Gesamtgut und sein vorbehaltenes Vermögen haftbar machen, aber die Frau persönlich nicht.[1]) Das ist wieder eine sehr erhebliche Verbesserung der Stellung der Frau.

Wir werden später bei Auflösung der Gemeinschaft sehen, wie sich infolgedessen die Rechtslage gestaltet.

Bei drei Gruppen von Geschäften soll der Mann an die Einwilligung der Frau gebunden sein (§§ 1444—1446):

a) Nach § 1444 bei einer Verpflichtung zu einer Verfügung über das Gesamtgut im ganzen, und auch bei einer zur Erfüllung einer derartigen Obligation bestimmten Verfügung über Gesamtgut, das soll heißen, über einzelne Stücke des Gesamtguts.

Es ist darauf aufmerksam zu machen, daß hier eine geringfügige Abweichung des Ausdruckes innerhalb des § 1444 eine sehr verschiedene Bedeutung mit sich bringt. Es heißt da, der Mann bedarf der Einwilligung der Frau zu einem Rechtsgeschäft, durch das er sich zu einer Verfügung über das Gesamtgut im Ganzen verpflichtet, sowie zu einer Verfügung über Gesamtgut, durch die er eine ohne Zustimmung der Frau eingegangene Verpflichtung der oben angegebenen Art erfüllen will.

In dem Nachsatz ist der Artikel „das" und „im Ganzen" weggelassen. Damit soll auf Verfügungen über einzelne Stücke des Gesamtgutes hingewiesen werden. Mit andern Worten, das Gesamtgut im Ganzen kann er der Frau „auch nicht auf Grund eines das Ganze berührenden Versprechens durch nachfolgende Hingabe der einzelnen Stücke"[2]) entziehen.[3])

b) Auch bei Verfügungen über Gesamtgutgrundstücke und bei Verpflichtung zu solcher Verfügung bedarf er einer Einwilligung der Frau (§ 1445). Er kann also keine Hypothek auf das gütergemeinschaftliche Grundstück legen ohne Zustimmung der Frau,[4]) er kann auch nicht ein-

[1]) Er kann sie also nach B.G.B. zu persönlichen Handlungen nicht verpflichten, auch ihr Vorbehaltsgut nicht für Schulden haftbar machen.

[2]) Eingeschoben statt „nicht".

[3]) Gegen Scherer, Familienrecht des B.G.B., Bd. IV S. 158 führt das Reichsgericht aus (Bd. 54 Nr. 75 S. 285), daß die bloße Aufnahme hoher Darlehne, die zur Zwangsversteigerung des Gesamtguts führen kann, nicht ohne weiteres unter § 1445 zu stellen ist. Eine solche Abhängigkeit der ehemännlichen Verfügungsrechte von der Größe des Gesamtgutes würde „die dem Manne zugedachte freie rechtsgeschäftliche Bewegung" hindern.

[4]) Über die Unanwendbarkeit dieser Vorschrift auf Restkaufgeldhypotheken be-

mal die Bestellung einer Hypothek wirksam versprechen, denn das wäre ja eine Verpflichtung zu einer solchen Verfügung über das Gesamtgutsgrundstück.

c) Nach § 1446 bedarf er der Zustimmung bei einer Schenkung aus dem Gesamtgut[1]) und — wie hier wieder etwas subtil hinzugefügt wird — bei einer Verfügung über das Gesamtgut zur Erfüllung eines ohne Zustimmung der Frau gegebenen Schenkungsversprechens, selbst wenn jenes Schenkungsversprechen nicht in bezug auf das Gesamtgut gegeben ist, sondern z. B. in bezug auf das Vorbehaltsgut des Mannes.[2]) Die Tragweite dieses Satzes übersieht man im ersten Moment nicht gleich. Man kann den Gedanken auch so wenden: Der Mann kann ohne Zustimmung der Frau ein Schenkungsversprechen immer nur aus dem Vorbehaltsgute erfüllen, niemals aus dem Gesamtgut; und wenn er nun etwa gar kein Vorbehaltsgut hat, so kann er sein Schenkungsversprechen ohne Zustimmung der Frau überhaupt nicht erfüllen, und der Schenkungsgläubiger kann es überhaupt nicht beitreiben.

Das klingt indessen schlimmer, als es ist; denn nach demselben § 1446 Abs. 2 machen die durch eine sittliche Pflicht oder durch eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gebotenen Schenkungen eine Ausnahme. Diese kann der Mann auch selbständig vornehmen. Die Zustimmung der Frau kann durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn die Frau sie ohne ausreichenden Grund verweigert (§ 1447).

Nimmt der Mann ein Rechtsgeschäft, zu dem er die Einwilligung der Frau nötig hatte, ohne diese Einwilligung vor, dann tritt wieder die Erscheinung ein, die wir schon bei Verfügungen von Minderjährigen und dann bei Verfügungen des Mannes über Eingebrachtes der Frau in Fällen, wo er ihrer Zustimmung bedurfte, kennen gelernt haben. Dann wird das Geschäft so behandelt, wie eine Verfügung der Frau über eingebrachtes Gut ohne Zustimmung des Mannes.

---

steht eine Fülle von Meinungsäußerungen, Dernburg, Bürg. R. IV § 58 Anm. 11 S. 187.

[1]) Eine solche kann nach der Ansicht des Reichsgerichts auch in einer Sicherheitsleistung liegen, Entsch. Bd. 54 Nr. 75 S. 284.

[2]) Das Kammergericht spricht dem Grundbuchrichter weitgehende Aufklärungsbefugnisse zu, um die Ehefrauen davor zu schützen, daß ihre Männer diese Vorschrift durch abstrakte Rechtsgeschäfte umgehen, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 58 Anm. 11 S. 186.

persönlich verpflichten konnte. Mit andern Worten: Der Mann kann nur sich, das Gesamtgut und sein vorbehaltenes Vermögen haftbar machen, aber die Frau persönlich nicht.[1]) Das ist wieder eine sehr erhebliche Verbesserung der Stellung der Frau.

Wir werden später bei Auflösung der Gemeinschaft sehen, wie sich infolgedessen die Rechtslage gestaltet.

Bei drei Gruppen von Geschäften soll der Mann an die Einwilligung der Frau gebunden sein (§§ 1444—1446):

a) Nach § 1444 bei einer Verpflichtung zu einer Verfügung über das Gesamtgut im ganzen, und auch bei einer zur Erfüllung einer derartigen Obligation bestimmten Verfügung über Gesamtgut, das soll heißen, über einzelne Stücke des Gesamtguts.

Es ist darauf aufmerksam zu machen, daß hier eine geringfügige Abweichung des Ausdruckes innerhalb des § 1444 eine sehr verschiedene Bedeutung mit sich bringt. Es heißt da, der Mann bedarf der Einwilligung der Frau zu einem Rechtsgeschäft, durch das er sich zu einer Verfügung über das Gesamtgut im Ganzen verpflichtet, sowie zu einer Verfügung über Gesamtgut, durch die er eine ohne Zustimmung der Frau eingegangene Verpflichtung der oben angegebenen Art erfüllen will.

In dem Nachsatz ist der Artikel „das" und „im Ganzen" weggelassen. Damit soll auf Verfügungen über einzelne Stücke des Gesamtgutes hingewiesen werden. Mit andern Worten, das Gesamtgut im Ganzen kann er der Frau „auch nicht auf Grund eines das Ganze berührenden Versprechens durch nachfolgende Hingabe der einzelnen Stücke"[2]) entziehen.[3])

b) Auch bei Verfügungen über Gesamtgutgrundstücke und bei Verpflichtung zu solcher Verfügung bedarf er einer Einwilligung der Frau (§ 1445). Er kann also keine Hypothek auf das gütergemeinschaftliche Grundstück legen ohne Zustimmung der Frau,[4]) er kann auch nicht ein-

[1]) Er kann sie also nach B.G.B. zu persönlichen Handlungen nicht verpflichten, auch ihr Vorbehaltsgut nicht für Schulden haftbar machen.

[2]) Eingeschoben statt „nicht".

[3]) Gegen Scherer, Familienrecht des B.G.B., Bd. IV S. 158 führt das Reichsgericht aus (Bd. 54 Nr. 75 S. 285), daß die bloße Aufnahme hoher Darlehne, die zur Zwangsversteigerung des Gesamtguts führen kann, nicht ohne weiteres unter § 1445 zu stellen ist. Eine solche Abhängigkeit der ehemännlichen Verfügungsrechte von der Größe des Gesamtgutes würde „die dem Manne zugedachte freie rechtsgeschäftliche Bewegung" hindern.

[4]) Über die Unanwendbarkeit dieser Vorschrift auf Restkaufgeldhypotheken be-

mal die Bestellung einer Hypothek wirksam versprechen, denn das wäre ja eine Verpflichtung zu einer solchen Verfügung über das Gesamtgutsgrundstück.

c) Nach § 1446 bedarf er der Zustimmung bei einer Schenkung aus dem Gesamtgut[1]) und — wie hier wieder etwas subtil hinzugefügt wird — bei einer Verfügung über das Gesamtgut zur Erfüllung eines ohne Zustimmung der Frau gegebenen Schenkungsversprechens, selbst wenn jenes Schenkungsversprechen nicht in bezug auf das Gesamtgut gegeben ist, sondern z. B. in bezug auf das Vorbehaltsgut des Mannes.[2]) Die Tragweite dieses Satzes übersieht man im ersten Moment nicht gleich. Man kann den Gedanken auch so wenden: Der Mann kann ohne Zustimmung der Frau ein Schenkungsversprechen immer nur aus dem Vorbehaltsgute erfüllen, niemals aus dem Gesamtgut; und wenn er nun etwa gar kein Vorbehaltsgut hat, so kann er sein Schenkungsversprechen ohne Zustimmung der Frau überhaupt nicht erfüllen, und der Schenkungsgläubiger kann es überhaupt nicht beitreiben.

Das klingt indessen schlimmer, als es ist; denn nach demselben § 1446 Abs. 2 machen die durch eine sittliche Pflicht oder durch eine auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gebotenen Schenkungen eine Ausnahme. Diese kann der Mann auch selbständig vornehmen. Die Zustimmung der Frau kann durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn die Frau sie ohne ausreichenden Grund verweigert (§ 1447).

Nimmt der Mann ein Rechtsgeschäft, zu dem er die Einwilligung der Frau nötig hatte, ohne diese Einwilligung vor, dann tritt wieder die Erscheinung ein, die wir schon bei Verfügungen von Minderjährigen und dann bei Verfügungen des Mannes über Eingebrachtes der Frau in Fällen, wo er ihrer Zustimmung bedurfte, kennen gelernt haben. Dann wird das Geschäft so behandelt, wie eine Verfügung der Frau über eingebrachtes Gut ohne Zustimmung des Mannes.

---

steht eine Fülle von Meinungsäußerungen, Dernburg, Bürg. R. IV § 58 Anm. 11 S. 187.

[1]) Eine solche kann nach der Ansicht des Reichsgerichts auch in einer Sicherheitsleistung liegen, Entsch. Bd. 54 Nr. 75 S. 284.

[2]) Das Kammergericht spricht dem Grundbuchrichter weitgehende Aufklärungsbefugnisse zu, um die Ehefrauen davor zu schützen, daß ihre Männer diese Vorschrift durch abstrakte Rechtsgeschäfte umgehen, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 58 Anm. 11 S. 186.

Also der Vertrag ist in der Schwebe, es kommt darauf an, ob die Frau genehmigt. Der Mitkontrahent kann ihr ja dazu nach bekannten Regeln eine Frist stecken lassen.

Die Frau ist zwar gerade wie beim gesetzlichen Güterstand in ihrer Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt, sie kann Schulden machen in infinitum, aber sie ist von der Verwaltung des Gesamtgutes ausgeschlossen. Daher kann sie also Geschäfte nicht mit Wirkung gegen das Gesamtgut vornehmen, jedoch mit sechs ziemlich erheblichen Ausnahmen, die in den Paragraphen 1449—1454 folgen. Es sollen nur die hauptsächlichsten hervorgehoben werden. Nach § 1450 kann die Frau bei Verhinderung des Mannes durch Krankheit oder Abwesenheit ein auf das Gesamtgut bezügliches Rechtsgeschäft vornehmen, sei es im eigenen Namen, sei es im Namen des Mannes, und ebenso einen Rechtsstreit führen, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden wäre. Nach § 1451 kann die Frau auch ohne Einwilligung des Mannes verfügen, wenn seine Einwilligung durch das Vormundschaftsgericht ersetzt ist. Nach § 1453 ist ihr ferner die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses,[1]) Verzicht auf einen Pflichtteil, Ablehnung einer Offerte oder Schenkung freigegeben. Endlich kann nach § 1455 aus jedem Geschäft, das einer der beiden Gatten ohne die erforderliche Zustimmung des andern vornimmt und durch welches das Gesamtgut bereichert worden ist, der Gläubiger wenigstens die Bereicherung aus dem Gesamtgut zurückfordern. In dem mit Recht so beliebten und verbreiteten Kommentar von Fischer[2]) wird § 1455 auf das Verhältnis der Ehegatten unter einander bezogen, während unzweifelhaft die Beziehung des Gesamtgutes nach außen hin gegenüber den Gläubigern gemeint ist.

Im Verhältnis zwischen Mann und Frau steht der Mann in zwei Punkten günstiger als bei dem gesetzlichen Güterstande der ehemännlichen Nutznießung.

a) Nach § 1456 haftet der Mann bei der Verwaltung des Gesamtgutes nicht für diligentia quam suis rebus adhibere solet.

[1]) Das Reichsgericht (Entsch. Bd 54 Nr. 77 S. 293) sieht auch hierin den Ausdruck des Gedankens, daß vor der Annahme ein endgültiger Erwerb nicht vorliege, vgl. dagegen oben S. 426 Anm. 2.

[2]) Ausdrücklich ist dies in Fischer-Henle's Handausgabe, 6. Aufl., zu § 1455 nicht gesagt. Planck vergleicht § 1455 mit § 1399 Abs. 2 Satz 2. Dies stimmt wohl mit Ecks Ansicht überein. Vgl. zu § 1455 auch Dernburg, Bürg. R. IV § 48 Anm. 19 S. 190.

wie bei dem gesetzlichen Güterstande, sondern ist von jeder Verantwortlichkeit frei. Auf die Spitze getrieben: Selbst bei grobem Verschulden kann die Frau ihn nicht auf Ersatz in Anspruch nehmen, weil eben die Vermögensmassen hier auf gemeinsamen Gedeih und Verderb vereinigt sind. Wie die Denkschrift[1]) hinzufügt: Wenn der Mann bei Verwaltung des Gesamtgutes der Frau verantwortlich wäre, so würde das eine unabsehbare Quelle von Streitigkeiten werden. Darüber ließe sich reden. Immerhin ist bemerkenswert, daß der Mann bei der Gütergemeinschaft durch grobes Verschulden das Gesamtgut zu Grunde richten kann. Nur dann muß er für Verminderung des Gesamtgutes Ersatz leisten, wenn er sie arglistig, um die Frau zu benachteiligen, herbeigeführt hat, oder durch ein Rechtsgeschäft, das der Zustimmung der Frau bedurft hätte (§ 1456).

b) Nach § 1458 fällt der eheliche Aufwand hier nicht dem Manne zur Last wie bei dem gesetzlichen Güterstande, sondern dem Gesamtgute, also auch demjenigen, was vom Vermögen der Frau in das Gesamtgut gekommen ist.

Die Haftung des Gesamtgutes für Schulden wird zunächst den Gläubigern gegenüber geregelt durch die §§ 1459—1462. Die Schulden des Mannes sind durchweg Gesamtgutsverbindlichkeiten, also gegen das Gesamtgut verfolgbar, während es sich bei dem gesetzlichen Güterstand der ehemännlichen Nutznießung gerade umgekehrt verhält, wo das Frauengut grundsätzlich gegen die Schulden des Mannes geschützt ist. Gesamtgutsverbindlichkeiten sind nicht bloß die Schulden des Mannes aus Rechtsgeschäften, sondern auch aus Delikten und aus Gesetz. Wenn der Mann ein schweres Verbrechen verübt oder die gesetzliche Unterhaltspflicht gegen sich begründet, indem er uneheliche Kinder erzeugt usw., haftet immer das Gesamtgut. Zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut genügt auch nach § 740 C.P.O.[2]) ein Urteil gegen den Mann allein, für alle drei Güterstände gleichmäßig. Auch bei dem Konkurse des Mannes gehört das Gesamtgut zur Konkursmasse (§ 2 K.O.). Zugleich haftet neben dem Gesamtgute der Mann auch persönlich, m. a. W. es haftet dem Gläubiger des Mannes nicht bloß

[1]) S. 293. Der Denkschrift schwebt hierbei der Gedanke vor, daß der Mann bei der allgemeinen Gütergemeinschaft möglichst ungehemmt und dadurch leistungsfähig sein soll, vgl. oben S. 439 Anm. 1.

[2]) Literatur bei Dernburg, Bürg. R. IV § 59 Anm. 3.

das Gesamtgut, sondern auch das Vorbehaltsgut des Mannes. Dagegen haftet die Frau persönlich grundsätzlich nicht.

Prinzipiell erklärt, was bei erster Lektüre auffällt, § 1459 auch die Schulden der Frau für Gesamtgutverbindlichkeiten. Aber freilich greifen die Ausnahmen, auf die der Paragraph hinweist, sehr weit. Es ist ja eine häufige Erscheinung im B.G.B., daß zunächst eine Regel aufgestellt wird, über die man fast erschreckt, aber hinterher so viel Ausnahmen kommen, daß dadurch der Regel die Spitze abgebrochen wird.

Nach § 1459 Abs. 2 haftet der Mann auch persönlich als Gesamtschuldner. Indessen wird der Mann frei durch Beendigung der Gütergemeinschaft, wenn dann die Gesamtgutsverbindlichkeiten im Verhältnis der Ehegatten zu einander der Frau zufallen. Wenn etwa dem Manne die durch die Frau begründeten Gesamtgutsverbindlichkeiten zu stark werden, kann er auf Aufhebung der Gütergemeinschaft klagen.

Als solche wirklich das Gesamtgut haftbar machenden Verbindlichkeiten der Frau kommen in Betracht vor allem ihre vorehelichen Schulden. Das französische Sprichwort gilt auch für das B.G.B. „Qui épouse femme, épouse ses dettes!“ Eine junge Dame aus Pommern, die selbständig und sehr vermögend war, reiste nach ihrer Verlobung nach Berlin, um sich hier ihre Ausstattung zu besorgen. Sie übertrug das einem Kommissionär und stellte ihm dafür 20000 M. zur Verfügung. Der Kommissionär erklärte, er könne nicht übersehen, wie viel er immer nötig haben werde. Es sei einfacher, wenn die Dame ihm Wechsel mit ihrem Akzept übergebe und ihm überlasse, die erforderlich werdenden Auslagen in bestimmten Summen einzutragen. Darauf ging die Dame auch ein und die Ausstattung wurde vortrefflich besorgt. Als die jungen Gatten von der Hochzeitsreise zurückkamen, wurden ihnen Wechsel über einen viel höheren Betrag als 20000 M. präsentiert. Diese Schuld vinkulierte natürlich nicht bloß die Frau, sondern auch den Mann. Denn in Pommern galt Gütergemeinschaft, es konnte demnach der Mann für diese Schulden in Anspruch genommen werden, wie auch jetzt nach B.G.B. Freilich gibt das Pr.A.L. hier ein Hilfsmittel. Es kann der andere Gatte auf Absonderung klagen; § 392 II,1 des Pr.A.L. Dies Recht übte in dem gegebenen Falle der Ehemann aus Pommern aus. Das ist indessen im B.G.B. nicht beibehalten. Die Motive sagen ausdrücklich,[1]) das sei

[1]) Bd. IV S. 365.

wohl für das Pr.L.R. gerechtfertigt, denn nach preußischem Recht könne der Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft kraft Gesetzes eintreten, aber nach B.G.B. sei er bloß vertragsmäßiger Güterstand. Wenn ein Ehegatte durch Ehevertrag die allgemeine Gütergemeinschaft heraufbeschworen habe, könne er sich nicht beklagen, daß er durch nachträglich auftauchende Schulden des anderen Gatten schwer zu schaden komme. Ob dies überzeugend ist, lasse ich dahingestellt. Nach dem Standpunkte der Motive liegt kein Grund vor, noch weitere Anfechtungsgründe zuzulassen als die allgemeinen des Irrtums, des Zwanges und des Betruges. Aber diese Anfechtungsgründe werden in solchen Fällen keineswegs immer helfen. Der junge Mann aus Pommern, der die überschuldete Dame aus Pommern heiratete, wird den Ehevertrag nicht wegen eines dieser Gründe anfechten können.

Weiter gehören unter die Regeln der Gesamtgutsverbindlichkeiten die von der Frau ausgehenden und auch den Mann haftbar machenden Deliktsschulden der Frau und gesetzliche Pflichten der Frau. Für alle diese sind keine Ausnahmen bestimmt. Wenn z. B. die Frau uneheliche Kinder bekäme, würden diese ihren gesetzlichen Unterhaltszuspruch auch gegen das Gesamtgut richten können.

Endlich gehören dahin nach § 1460 auch die mit Zustimmung des Mannes kontrahierten Verbindlichkeiten der Frau und solche ohne diese Zustimmung, aber auch derselben nicht bedürftigen in den früher erwähnten sechs Ausnahmefällen;[1]) schließlich auch die Verpflichtung zur Bezahlung der Prozeßkosten (§ 1460) auch dann, wenn das Urteil dem Gesamtgut gegenüber nicht wirksam ist. Wenn diese Schulden, die von der Frau ausgehen, sich auf das Gesamtgut erstrecken und auch den Mann persönlich haftbar machen, diesem zu viel werden, so kann er auf Aufhebung der Gütergemeinschaft klagen; allerdings behält er die inzwischen schon entstandenen Schulden auf dem Hals. Dagegen entsteht keine Gesamtgutsverbindlichkeit, wenn die Frau ohne die erforderliche Zustimmung des Mannes ein Geschäft vornimmt. Ferner entsteht keine Gesamtgutsverbindlichkeit aus dem Erwerb einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses für das Vorbehaltsgut der Frau (§ 1461).

Auch die Schulden, die infolge eines zum Vorbehaltsgut gehörenden Rechtes oder Sachbesitzes entstehen, also auch Steuern oder Real-

[1]) §§ 1449 ff.

lasten von dem Vorbehaltsgutgrundstück, oder Beschädigungen, die Tiere, welche zum Vorbehaltsgute gehören, dritten Personen zufügen, machen das Gesamtgut nicht haftbar (§ 1462).

Wie nun bei dem gesetzlichen Güterstand gewisse Verbindlichkeiten, die das Eingebrachte der Frau belasten, doch im Verhältnis der Gatten zu einander dem Vorbehaltsgut der Frau zur Last fallen, so kann auch eine Gesamtgutsverbindlichkeit im Verhältnis der Gatten zu einander doch dem einen Gatten zur Last fallen, in dessen Person sie entstanden ist. § 1463 zählt hierbei rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten auf und § 1464[1]) prozessualische, also namentlich Kosten von Rechtsstreitigkeiten. Aber voreheliche Schulden der Frau figurieren hier nicht. Diese fallen also nicht einmal im Verhältnis der Gatten zu einander bei einer späteren Aufhebung der Gütergemeinschaft dem Anteil der Frau zur Last.

§ 1465 bestimmt, daß eine Ausstattung, die der Mann einem gemeinschaftlichen Kinde gewährt, insoweit als sie das dem Gesamtgut entsprechende Maß übersteigt, also übermäßig luxuriös ist, nicht dem Gesamtgut, sondern dem Manne zur Last fällt. Die Ausstattung eines nicht gemeinschaftlichen Kindes fällt nach demselben Paragraphen sogar allemal ganz demjenigen Gatten zur Last, dem das Kind angehört.

Wenn der Mann Verwendungen von dem Gesamtgut in sein Vorbehaltsgut macht, oder umgekehrt, so hat das dadurch vermehrte oder bereicherte Gut Ersatz zu leisten (§ 1466).

§ 1467 enthält eine eigentümliche Suspension der Ansprüche unter den Ehegatten, deren Sinn man nicht gleich auf den ersten Blick durchschaut. Es wird bestimmt, daß Leistungen, die der Mann zum Gesamtgut schuldet, oder die er umgekehrt aus dem Gesamtgut zu fordern hat, doch immer erst nach Beendigung der Gemeinschaft zu fordern sind. Sonst müßte er ja gegen sich selber klagen, da ja beide Vermögensmassen in seiner Hand vereinigt sind. Da aber das Gesamtgut regelmäßig auch Vermögen der Frau mit umfaßt, kann nach demselben Paragraphen auch das, was die Frau zum Gesamtgut oder zum Vorbehaltsgut des Mannes schuldet, ihr erst nach Beendigung der Gemein-

[1]) Zu § 1463 Nr. 3 vgl. das Urteil des Reichsgerichts Bd. 46 Nr. 97 S. 355, nach dem der Kostenvorschuß der Frau auch dann Gegenstand einer Gesamtgutsverbindlichkeit ist, wenn das Urteil des Prozesses, auf den er sich bezieht, dem Gesamtgute gegenüber nicht wirkt.

schaft abverlangt werden, ausgenommen, soweit zur Berichtigung ihrer Schulden ihr Vorbehaltsgut ausreicht (§ 1467). Kauft also die Frau etwa eine Villa, die bisher zum Vorbehaltsgut des Mannes gehörte, ihm ab, und zwar für Rechnung ihres Vorbehaltsguts, dann kann der Mann den Preis je nachdem sofort oder erst nach Beendigung der Gemeinschaft verlangen: Soweit ihr Vorbehaltsgut reicht, sofort, soweit das aber nicht zureicht, die Frau jedoch aus ihrem Anteil am Gesamtgut bezahlen könnte, muß er bis zur Beendigung der Gemeinschaft warten, weil er sonst gegen sich selber klagen müßte. Dagegen kann die Frau ihrerseits eine Forderung, die sie für ihr Vorbehaltsgut hat, sofort einklagen. Das soll nicht eine positive Begünstigung sein, sondern folgt bloß daraus, daß in ihrer Hand die Gütermassen nicht vereinigt sind (§ 1467).

Die Gütergemeinschaft endigt durch Tod[1]) und Auflösung der Ehe, aber auch durch richterliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, also durch Trennung von Tisch und Bett;[2]) weiter auch durch gütliche Vereinbarung der Gatten. Das alles hat im B.G.B. nicht erst eine besondere Bestimmung gefunden. Außerdem kann auch einseitig in stehender Ehe sowohl Mann als Frau auf Aufhebung der Gütergemeinschaft klagen, und zwar wegen Gefährdung des künftigen Erwerbs durch eine Überschuldung des anderen Teils. Die genaueren Gründe enthalten die §§ 1468 und 1469. In § 1468 ist gesagt, wann die Frau auf Aufhebung der Gütergemeinschaft klagen kann: Vor allem, wenn sie durch Geschäfte, die der Mann ohne ihre Zustimmung ungehörigerweise vorgenommen hat, für die Zukunft gefährdet wird, wenn er in der Absicht, die Frau zu benachteiligen, das Gesamtgut vermindert hat usw. § 1469 bestimmt, wann der Mann auf Aufhebung der Gütergemeinschaft klagen kann, nämlich wenn das Gesamtgut infolge von Verbindlichkeiten der Frau, die im Verhältnis der Gatten zu einander nicht dem Gesamtgut zur Last fallen, doch in solchem Maße überschuldet wird, daß ein späterer Erwerb des Mannes erheblich gefährdet wird.

Auffällig ist, daß in keinem dieser Paragraphen der Konkurs des Mannes als Endigungsgrund der Gütergemeinschaft bestimmt ist, wie doch z. B. das ehemännliche Nutznießungsrecht durch seinen Konkurs

[1]) Über die Todeserklärung vgl. Dernburg § 60 Anm. 1.

[2]) Über die Zulässigkeit dieses Ausdrucks s. oben S. 385 Anm. 2.

geendigt wird. Die Motive[1]) und die Denkschrift[2]) erklären das damit, daß sonst die Frau in ihrem Anrecht auf den künftigen Erwerb des Mannes und auf ihren Erbteil aus seinem Vermögen gefährdet werden könnte. Das Anrecht der Frau auf künftigen Erwerb des Mannes und auf ihren Erbteil wird wohl in der Regel nicht sehr wertvoll sein, wenn er in Konkurs fällt.

Die Aufhebung tritt mit der Rechtskraft des richterlichen Urteils ein, welches auf die Aufhebungsklage ergeht (§ 1470). Darauf folgt die Auseinandersetzung unter den Gatten (§ 1471). § 99 des Reichsgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit bestimmt, daß hier dieselben Regeln Anwendung finden, wie bei einer Erbauseinandersetzung. Bis zur Vollendung der Auseinandersetzung, die eine Folge der Aufhebung ist, bleibt nach § 1472 den Gatten die Verwaltung des Gesamtgutes gemeinsam.[3])

Zur Auseinandersetzung gehört Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten (§ 1475). Gerade wie bei der Gemeinschaft sind auch hier die Gesamtgutsverbindlichkeiten vorweg zu tilgen und der etwaige Überschuß ist dann zu gleichen Teilen unter die Gatten zu teilen nach den Regeln der communio incidens (§ 1476). Also tritt bei solcher Aufhebung der Gütergemeinschaft nicht etwa irgend welche Herausgabe des Eingebrachten ein — dieses ist hoffnungslos in das Gesamtgut aufgegangen — sondern das Gesamtgut wird zu gleichen Teilen geteilt.

Dabei aber entsteht nicht eine persönliche Haftung der Frau für die Gesamtgutsverbindlichkeiten; denn diese sind nur Verbindlichkeiten des Mannes und des Gesamtgutes.

Bei der Auseinandersetzung macht § 1477 eine Ausnahme. Jeder Gatte kann die ausschließlich zu seinem persönlichen Gebrauch bestimmten Sachen, Kleider, Schmucksachen, Arbeitsgerät u. dgl. m. gegen Ersatz des Wertes für sich übernehmen.

Bei der Ehescheidung weicht die Auseinandersetzung zu Ungunsten des allein für schuldig erklärten Ehegatten ab.[4]) Dann kann der andere Gatte

[1]) Bd. IV S. 398, wo besonders betont wird, daß die Ehegatten bei der Gütergemeinschaft „Glück und Unglück mit einander tragen sollen".

[2]) S. 296. Eck denkt an das Zeile 18 ff. Gesagte.

[3]) Die Ähnlichkeit dieses Rechtszustandes mit dem bisherigen preußischen Rechte (§§ 10, 36 A.L.R. I, 17) betont das Reichsgericht Bd. 48 Nr. 59 S. 271.

[4]) Um zu vermeiden, daß ein habgieriger Gatte die Scheidung aus unlauterer Spekulation herbeiführe, Dernburg, Bürg. R. IV § 59 Anm. 9 S. 196.

verlangen, daß jedem das Eingebrachte zurückgegeben werde. Reicht das Gesamtgut dazu nicht aus, dann trägt jeder Gatte den Fehlbetrag zur Hälfte (§ 1478). Die Vorschrift ist auf den ersten Blick nicht deutlich. Setzen wir, der Mann hat 9000 M. eingebracht und die Frau 3000 M., der Mann also zu der Gesamtmasse drei Viertel und die Frau ein Viertel. Es kommt zur Scheidung. Die Frau wird für den allein schuldigen Teil erklärt, und der Mann verlangt Herausgabe des Eingebrachten. Nun sind aber nicht mehr die ganzen 12 000 M., sondern nur noch 10 000 M. vorhanden. Dann wird der Fehlbetrag jedem zur Hälfte in Abzug gebracht. Der Mann bekommt dann statt 9000 nur 8000 und die Frau bekommt nur 2000 M.

Besondere Regeln gelten bei dem Tode eines der in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten. Das B.G.B. hat hierfür 36 Paragraphen gebildet, die vielfach sehr ins Einzelne gehen (§§ 1482—1518).

Wenn kein gemeinsamer Abkömmling der beiden Gatten vorhanden ist, so sind im bisherigen Recht die Regeln bekanntlich sehr verschieden. Bald wächst der Anteil des verstorbenen Ehegatten dem überlebenden ganz und gar an; das nennt man das Konsolidationsprinzip, bald bekommt der überlebende Ehegatte wenigstens Leibzucht oder Nießbrauch daran. Das letztere z. B. in Westfalen. Nach diesen beiden Rechten ist der überlebende Ehegatte sehr günstig gestellt zu Ungunsten der Verwandten des Verstorbenen. Darum wird in diesen Ländern im Ehevertrag gewöhnlich ein Rückfall des dem einen Gatten gehörenden Anteils am Gesamtgut an seine Verwandten ausbedungen.

Bald aber bekommt umgekehrt der überlebende Ehegatte vom Gesamtgut nur eine Hälfte und ist damit abgefunden, so z. B. in der preußischen Rheinprovinz. Dadurch wird er einigermaßen ungünstig gestellt.

Im § 1482 schließt sich das B.G.B. dem A.L.R. an und folgt keinem dieser bisher besprochenen Rechte. Vielmehr tritt nach ihm Halbteilung des Gesamtgutes ein. Der überlebende Ehegatte bekommt zunächst eine Hälfte als seinen Anteil, die Hälfte des Verstorbenen aber gehört zu seinem Nachlaß und wird nun nach den allgemeinen Regeln vererbt, so daß also der überlebende Ehegatte an dieser Hälfte, die den Nachlaß des Verstorbenen bildet, als Miterbe partizipiert (§ 1483). Das ist natürlich eine sehr bedeutende Verbesserung der Lage des überlebenden Ehegatten gegenüber dem bisherigen rheinisch-preußischen Recht.

Wenn der verstorbene Ehegatte nichts eingebracht hatte und die Ehe nur sehr kurz war, kann der Überlebende trotz dieser Verbesserung immer noch sehr schlecht fahren. In Koblenz passierte folgender Fall: Ein Postsekretär hielt um ein junges Mädchen an, aber die Eltern verweigerten sie ihm, weil er nicht genug Vermögen habe. Vier Wochen darauf kam er wieder mit seinem Gesuch, da er von seiner Tante inzwischen 20000 Taler geerbt hatte. Nun konnten die Eltern die Hand der Tochter nicht mehr gut versagen. Nachdem die Zivilehe auf der Bürgermeisterei stattgefunden hatte, ging das Ehepaar nach der schräg gegenüberliegenden Kirche, um sich dort trauen zu lassen. Beim Überschreiten des Clemensplatzes brach der Sturm eine Flaggenstange ab, die der jungen Frau auf den Kopf fiel, so daß sie in einem benachbarten Haus in wenigen Minuten starb. Am andern Morgen bekam der junge Witwer einen Brief von seinen Schwiegereltern, in dem sie ihn um sofortige Übersendung von 10000 Talern ersuchten. Da er mit seiner Frau in Gütergemeinschaft gelebt habe, erhalte er nur die eine Hälfte, die andere falle als Nachlaß der Frau an die Verwandten. Nach bisherigem rheinischen Recht war das ganz unabweisbar. Nach dem B.G.B. würde der Postsekretär etwas besser zu stehen kommen. Er würde 10000 Taler als seine Hälfte behalten, die andere Hälfte würde Nachlaß der verstorbenen Frau sein. Da Abkömmlinge nicht vorhanden sind, würde er daran zur Hälfte partizipieren, also noch 5000 Taler bekommen und nur 5000 an die Schwiegereltern abgeben müssen. Drehen wir den Fall um und setzen, der Postsekretär selber wäre gestorben, dann würde die Frau zunächst die Hälfte, 10000 Taler bekommen haben, und von der andern Hälfte, welche den Nachlaß ihres Mannes bildet, wiederum die Hälfte, d. h. 15000 Taler, und die Eltern des Postsekretärs die übrigen 5000 Taler.

2. Wenn nun ein gemeinsamer Abkömmling da ist, dann tritt nicht, wie nach bisherigem Recht, Konsolidation ein, sondern fortgesetzte Gütergemeinschaft, wie schon jetzt nach mehrfachen Partikularrechten. Als Motiv führt die Denkschrift[1]) an, daß eine sofortige Lösung des vermögensrechtlichen Bandes hier hart erscheinen könnte. Es würde die wirtschaftliche Stellung des überlebenden Ehegatten leicht erschüttern, wenn er sofort alles herausgeben müßte, was er aus der Ehe in Händen hat.

[1]) S. 301.

Deswegen ist fortgesetzte Gütergemeinschaft statuiert zwischen den gemeinsamen Abkömmlingen der Gatten, die bei der gesetzlichen Erbfolge berufen sein würden, und dem überlebenden Ehegatten. Der Anteil des Verstorbenen am Gesamtgut gehört in diesem Falle nicht zu seinem Nachlaß, sondern er bleibt in Händen des überlebenden Gatten. Das soll eine Begünstigung für diesen sein. Indessen kann er nach § 1484 diese fortgesetzte Gütergemeinschaft ablehnen, er kann sie auch während ihres Bestehens jederzeit aufheben.[1])

Lehnt er aber nicht ab, so besteht der Nachlaß des Verstorbenen nur in dessen Vorbehaltsgut und in etwaigem Sondergut, Lehen oder Fideikommissen; dagegen ist sein Anteil am Gesamtgut von dem Nachlaß getrennt. Sind nun außer den Abkömmlingen, die gesetzliche Erben sein würden und darum in die fortgesetzte Gütergemeinschaft eintreten, noch andere Abkömmlinge vorhanden, z. B. Kinder des verstorbenen Gatten aus einer früheren Ehe, so erben diese zunächst, wie wenn gar keine fortgesetzte Gütergemeinschaft einträte. Erst wenn sie abgefunden sind, wird mit dem Rest die Gütergemeinschaft fortgesetzt.

Bemerkenswert ist, daß nach § 1485 der überlebende Gatte in das Gesamtgut auch das hineinbringt, was er aus dem sonstigen Vermögen des Verstorbenen erlangt, z. B. aus dem Vorbehaltsgut, oder was er nach Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft hinzuerwirbt. Das ist das Äquivalent für seine Begünstigung.

Dagegen fällt nicht in das Gesamtgut das sonstige Vermögen der Abkömmlinge; dies ist ja einstweilen durch die fortgesetzte Gütergemeinschaft beschränkt.

Die fortgesetzte Gütergemeinschaft ist wieder nicht als ein Erbrecht des überlebenden Gatten etwa mit bloßer Verfangenschaft für die Kinder bestimmt, sondern sie ist gerade wie die eheliche Gütergemeinschaft Miteigentum zu gesamter Hand (§ 1487). Wenn daher ein anteilsberechtigter Abkömmling verstirbt, so ist sein Anteil wiederum nicht Nachlaß von ihm, sondern, wenn er Abkömmlinge hinterläßt, treten diese an seine Stelle, wenn er keine hinterläßt, wächst sein Anteil an dem Gesamtgut den übrigen Anteilsberechtigten an (§ 1490).

Man erkennt in diesem Satz sofort das altdeutsche Sprichwort: „Was in der Were verstirbt, bleibt in der Were". Dasselbe tritt nach § 1491 ein, wenn der Abkömmling etwa auf seinen Anteil verzichtet.

[1]) Weil sie im wesentlichen aus Rücksicht auf ihn gefordert ist, Denkschrift S. 302 und dazu Dernburg, Bürg. R. IV § 61 Anm. 1.

Das Rechtsverhältnis bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist einfach: Der überlebende Gatte hat die Verwaltung, gerade wie es bei der ehelichen Gütergemeinschaft der Mann hat. Und die Abkömmlinge treten in die Stelle ein, die bei der ehelichen Gütergemeinschaft die Frau hatte (§ 1487). Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

Es haftet für die Schulden der Kinder das Gesamtgut nicht, so wenig, wie es für die Schulden der Frau haftete; Auflösungsgrund ist die Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft entweder durch den überlebenden Gatten, dem sie, wie schon erwähnt wurde, jederzeit freisteht (§ 1492 Abs. 1) oder Wiederverheiratung des überlebenden Gatten (§ 1493) resp. Tod desselben (§ 1494). Endlich kann ein Abkömmling auch durch Urteil des Gerichts die Aufhebung herbeiführen, namentlich wegen Mißwirtschaft des überlebenden Gatten (§ 1495 und § 1496). Die Auseinandersetzung erfolgt dann nach § 1497 gerade wie bei der ehelichen Gütergemeinschaft.

In den §§ 1499—1501 sind einige weitere Spezialvorschriften getroffen.

Bemerkenswert ist nur das eine, daß der überlebende Gatte allemal das Gesamtgut gegen Wertsersatz übernehmen kann (§ 1502). Wenn sich z. B. die überlebende Frau wiederverheiraten will, so kann sie die fortgesetzte Gütergemeinschaft mit den Kindern erster Ehe aufheben und dabei erklären, daß sie das Gesamtgut behalten und die Kinder dafür in Geld abfinden wolle.[1])

Über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft kann ein gerichtliches Zeugnis erteilt werden. Das wirkt gerade wie ein Erbschein, der über die Erbenqualität erteilt wird (§ 1507).

Die fortgesetzte Gütergemeinschaft kann durch Ehevertrag ausgeschlossen werden[2]) (§ 1508); denn sie soll ja nicht dem Interesse der Kinder dienen, sondern dem Interesse des überlebenden Gatten. Wenn ein Ehegatte dem andern sein Pflichtteil entziehen, oder auf Aufhebung der Gütergemeinschaft klagen kann, so kann er auch durch letztwillige Verfügung die fortgesetzte Gütergemeinschaft ausschließen.

Einige abweichende Privatbestimmungen über die Ausschließung gemeinschaftlicher Abkömmlinge sind in den §§ 1511—1518 enthalten.

[1]) Über die praktische Bedeutung dieser Sachlage vgl. Cosack, Bürg. R. II, 3. Aufl., S. 578 ff., Dernburg, Bürg. R. IV § 62 Anm. 6.

[2]) Ein wechselseitiges Testament kann man nicht diesem Vertrage gleichstellen, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 61 Anm. 8 und die dort angeführten Urteile.

Das System der allgemeinen Gütergemeinschaft ist ideal gedacht und im B.G.B. im ganzen auch befriedigend geregelt. Aber es bleibt das System praktisch ungemein gefährlich namentlich für die Frau, aber unter Umständen wegen Haftung für Schulden der Frau auch für den Mann. Besonders wird es unbillig bei Ungleichheit der Vermögensverhältnisse. Da wird das Erbrecht des Überlebenden, wenn er nicht auch der vermögende Teil war, ganz über die Maßen stark. Aus allen diesen Gründen ist, wie die Motive[1]) mitteilen, die Ausschließung der allgemeinen Gütergemeinschaft schon jetzt in steigendem Maße häufig. In Baden z. B., wo freilich nicht die allgemeine Gütergemeinschaft, sondern nur Mobiliargemeinschaft gilt, wird sie in mehr als 50 pCt. der Fälle tatsächlich ausgeschlossen. So darf man denn hoffen, daß sie auch in Zukunft nicht vertragsmäßig in übermäßig vielen Fällen eingeführt werden wird.[2])

13. Errungenschaftsgemeinschaft.[3])

§ 61.

Dies System ist bekanntlich namentlich in Bayern und Württemberg in Geltung. Der Grundgedanke desselben ist der, daß den beiden Gatten gemeinsam sein soll, was sie während der Ehe als Ertrag ihres eingebrachten Vermögens, durch ihre Tätigkeit oder durch Glücksfall errungen.[4]) Aber ebenso gemeinsam sollen ihnen auch die Lasten

[1]) IV S. 150. Namentlich entzieht sich der große Grundbesitz diesem Systeme. Zu Grundstücken paßt es eigentlich nur dann, wenn deren Größe über eine Heimstätte für die Familie nicht wesentlich hinausgreift. So erklärt sich wohl, daß es in Gegenden mit zersplittertem Grundbesitze, insbesondere Westfalen, überwiegt (Mot. Bd. IV S. 149).

[2]) Vgl. über diese Unterschätzung des Werts der vertragsmäßigen Güterstände oben S. 407 Anm. 1.

[3]) Literatur bei Dernburg, Bürg. R. IV Anm. 1.

[4]) Es paßt zu Ehen, in denen zwar ebenso wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft eine einheitliche Wirtschaft „auf gemeinsamen Gedeih und Verderb" (Motive IV S. 364) zweckmäßig erscheint, aber die mitgebrachten Sachen nicht dazu geeignet sind, dem alleinigen Verfügungsrechte des Mannes unterworfen zu werden, z. B. Grundstücke, die größer sind als bloße Heimstätten, und Ausstattungsgegenstände, die nicht dazu bestimmt sind, veräußert zu werden. In den Kreisen des Handelsstandes, in denen Betriebskapitalien oder sogar Warenlager eingebracht werden, also Gegenstände, die dem männlichen Verfügungsrecht zweckmäßigerweise zum Besten des gemeinsamen Erwerbes unterworfen werden, wird die Fahrnis-

Das Rechtsverhältnis bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist einfach: Der überlebende Gatte hat die Verwaltung, gerade wie es bei der ehelichen Gütergemeinschaft der Mann hat. Und die Abkömmlinge treten in die Stelle ein, die bei der ehelichen Gütergemeinschaft die Frau hatte (§ 1487). Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen:

Es haftet für die Schulden der Kinder das Gesamtgut nicht, so wenig, wie es für die Schulden der Frau haftete; Auflösungsgrund ist die Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft entweder durch den überlebenden Gatten, dem sie, wie schon erwähnt wurde, jederzeit freisteht (§ 1492 Abs. 1) oder Wiederverheiratung des überlebenden Gatten (§ 1493) resp. Tod desselben (§ 1494). Endlich kann ein Abkömmling auch durch Urteil des Gerichts die Aufhebung herbeiführen, namentlich wegen Mißwirtschaft des überlebenden Gatten (§ 1495 und § 1496). Die Auseinandersetzung erfolgt dann nach § 1497 gerade wie bei der ehelichen Gütergemeinschaft.

In den §§ 1499—1501 sind einige weitere Spezialvorschriften getroffen.

Bemerkenswert ist nur das eine, daß der überlebende Gatte allemal das Gesamtgut gegen Wertsersatz übernehmen kann (§ 1502). Wenn sich z. B. die überlebende Frau wiederverheiraten will, so kann sie die fortgesetzte Gütergemeinschaft mit den Kindern erster Ehe aufheben und dabei erklären, daß sie das Gesamtgut behalten und die Kinder dafür in Geld abfinden wolle.[1])

Über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft kann ein gerichtliches Zeugnis erteilt werden. Das wirkt gerade wie ein Erbschein, der über die Erbenqualität erteilt wird (§ 1507).

Die fortgesetzte Gütergemeinschaft kann durch Ehevertrag ausgeschlossen werden[2]) (§ 1508); denn sie soll ja nicht dem Interesse der Kinder dienen, sondern dem Interesse des überlebenden Gatten. Wenn ein Ehegatte dem andern sein Pflichtteil entziehen, oder auf Aufhebung der Gütergemeinschaft klagen kann, so kann er auch durch letztwillige Verfügung die fortgesetzte Gütergemeinschaft ausschließen.

Einige abweichende Privatbestimmungen über die Ausschließung gemeinschaftlicher Abkömmlinge sind in den §§ 1511—1518 enthalten.

---

[1]) Über die praktische Bedeutung dieser Sachlage vgl. Cosack, Bürg. R. II. 3. Aufl., S. 578 ff., Dernburg, Bürg. R. IV § 62 Anm. 6.

[2]) Ein wechselseitiges Testament kann man nicht diesem Vertrage gleichstellen, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 61 Anm. 8 und die dort angeführten Urteile.

Das System der allgemeinen Gütergemeinschaft ist ideal gedacht und im B.G.B. im ganzen auch befriedigend geregelt. Aber es bleibt das System praktisch ungemein gefährlich namentlich für die Frau, aber unter Umständen wegen Haftung für Schulden der Frau auch für den Mann. Besonders wird es unbillig bei Ungleichheit der Vermögensverhältnisse. Da wird das Erbrecht des Überlebenden, wenn er nicht auch der vermögende Teil war, ganz über die Maßen stark. Aus allen diesen Gründen ist, wie die Motive[1]) mitteilen, die Ausschließung der allgemeinen Gütergemeinschaft schon jetzt in steigendem Maße häufig. In Baden z. B., wo freilich nicht die allgemeine Gütergemeinschaft, sondern nur Mobiliargemeinschaft gilt, wird sie in mehr als 50 pCt. der Fälle tatsächlich ausgeschlossen. So darf man denn hoffen, daß sie auch in Zukunft nicht vertragsmäßig in übermäßig vielen Fällen eingeführt werden wird.[2])

13. Errungenschaftsgemeinschaft.[3])

§ 61.

Dies System ist bekanntlich namentlich in Bayern und Württemberg in Geltung. Der Grundgedanke desselben ist der, daß den beiden Gatten gemeinsam sein soll, was sie während der Ehe als Ertrag ihres eingebrachten Vermögens, durch ihre Tätigkeit oder durch Glücksfall errungen.[4]) Aber ebenso gemeinsam sollen ihnen auch die Lasten

[1]) IV S. 150. Namentlich entzieht sich der große Grundbesitz diesem Systeme. Zu Grundstücken paßt es eigentlich nur dann, wenn deren Größe über eine Heimstätte für die Familie nicht wesentlich hinausgreift. So erklärt sich wohl, daß es in Gegenden mit zersplittertem Grundbesitze, insbesondere Westfalen, überwiegt (Mot. Bd. IV S. 149).

[2]) Vgl. über diese Unterschätzung des Werts der vertragsmäßigen Güterstände oben S. 407 Anm. 1.

[3]) Literatur bei Dernburg, Bürg. R. IV Anm. 1.

[4]) Es paßt zu Ehen, in denen zwar ebenso wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft eine einheitliche Wirtschaft „auf gemeinsamen Gedeih und Verderb" (Motive IV S. 364) zweckmäßig erscheint, aber die mitgebrachten Sachen nicht dazu geeignet sind, dem alleinigen Verfügungsrechte des Mannes unterworfen zu werden, z. B. Grundstücke, die größer sind als bloße Heimstätten, und Ausstattungsgegenstände, die nicht dazu bestimmt sind, veräußert zu werden. In den Kreisen des Handelsstandes, in denen Betriebskapitalien oder sogar Warenlager eingebracht werden, also Gegenstände, die dem männlichen Verfügungsrecht zweckmäßigerweise zum Besten des gemeinsamen Erwerbes unterworfen werden, wird die Fahrnis-

und Ausgaben sein, die dadurch und durch das eheliche Leben erwachsen. Wenn sich nun ein Überschuß des Errungenen über die Ausgaben ergibt, dann soll nicht, wie nach bisherigem Recht, dieser Überschuß erst beim Tode eines Gatten als Gesamtgut behandelt werden, sondern er soll schon in stehender Ehe ein eigenes Vermögen, die Errungenschaft, das Gesamtgut bilden.

Aber neben diesem Gesamtgut besteht nun das eingebrachte Gut des einen und des andern Gatten. So ergeben sich schon drei Gütermassen: Gesamtgut, eingebrachtes Gut des Mannes, und eingebrachtes Gut der Frau. Zum Überfluß kann noch ein viertes Gut hinzukommen, nämlich das Vorbehaltsgut der Frau (§ 1526). Freilich in engen Grenzen, nämlich nur kraft Ehevertrages oder kraft Bestimmung durch einen Erblasser oder Schenker. Natürlich gehört hier nicht zum Vorbehaltsgute der Frau etwa ihr Arbeitsverdienst, wie beim gesetzlichen Güterstand; denn dieser muß ja in das Gesamtgut fallen, weil sie dadurch etwas erringt.

Dagegen gibt es bei der Errungenschaftsgemeinschaft nicht wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft ein Vorbehaltsgut des Mannes. Die Motive sagen, dafür liege kein Bedürfnis vor.[1])

Die Regel bei der Errungenschaftsgemeinschaft ist, daß aller Erwerb in der Ehe Gesamtgut wird. Also die Einkünfte aus einem Erwerbsgeschäft, selbst wenn dies Geschäft selber zum Eingebrachten gehört, fallen in das Gesamtgut (§ 1524 Abs. 1 Satz 2).

Nach § 1527 gilt sogar die Vermutung, daß das vorhandene Vermögen Gesamtgut ist. Das ist im Interesse der Frau statuiert, damit nicht ihr Eingebrachtes, das sich in der Hand des Mannes zu befinden pflegt, als dessen Eingebrachtes erscheine und von ihm dafür ausgegeben werde.

Im Gegensatz aber zum Gesamtgut ist zum Eingebrachten nicht bloß alles, was ein Ehegatte schon beim Beginn der Gemeinschaft besaß (§ 1520), sondern auch, was er während der Ehe von Todes wegen durch Schenkung oder Ausstattung erwirbt. Ausgenommen ist ein Erwerb, der den Umständen nach zu den Einkünften zu rechnen ist (§ 1521). Das klingt sehr unbestimmt. Gedacht ist dabei an

gemeinschaft angebrachter erscheinen. Anders z. B. da, wo zur Ausbeutung eines Grundbesitzes die starke Hand des Mannes nötig erscheint und dieser Besitz über den Umfang einer bloßen Heimstätte hinausreicht, vgl. oben S. 453 Anm. 1.

[1]) IV. S. 510.

Schenkungen des täglichen Lebens, die man nicht als Kapital empfängt, sondern als Einkünfte, wie Trinkgelder oder Zuschüsse, die jemand zum Haushalt, zu einer Erholungsreise usw. bekommt, kurz Schenkungen zum sofortigen Konsum. Diese fallen nicht in das Eingebrachte, sondern in das Gesamtgut.

Weiter sind nach § 1522 Eingebrachtes auch unübertragbare Rechte, wie Lehen und Fideikommisse, Rechte, die mit dem Tode des Berechtigten erlöschen, wie Nießbrauch und solche, deren Erwerb an den Tod eines Gatten geknüpft ist, wie Lebensversicherungssummen. Ferner, was durch Ehevertrag für eingebrachtes Vermögen erklärt ist (§ 1523).

Nach § 1524 kommt auch hier das Surrogationsprinzip hinzu. Was an Stelle von Stücken des eingebrachten Gutes tritt, wird wieder Eingebrachtes. Dadurch soll der Frau ihr eingebrachtes Gut möglichst erhalten werden.

Übrigens kann jeder Gatte nach § 1528 eine Bestandsaufnahme verlangen, also eine sofortige Inventarisierung seines eigenen Vermögens und des eingebrachten Gutes des andern Gatten, um sich für die spätere Auseinandersetzung zu sichern.

Die Rechtsverhältnisse erledigen sich sehr einfach. Am Gesamtgut besteht wieder Miteigentum, aber nicht zu Bruchteilen, sondern zu gesamter Hand gerade wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft. Der Mann hat auch hier wieder die Verwaltung. Das Gesamtgut unterliegt seinen Verfügungen und haftet für seine Schulden (§ 860 C.P.O.). Das eingebrachte Gut verwaltet der Mann ebenfalls für Rechnung des Gesamtgutes (§ 1525), sodaß also die Nutzungen des Eingebrachten hier nicht wie bei dem gesetzlichen Güterstand dem Manne gehören, sondern in das Gesamtgut fließen.

Im übrigen wird aber das Eingebrachte der Frau hier ebenso behandelt wie bei dem gesetzlichen Güterstand, namentlich also auch in Bezug auf die Schuldenhaftung (§ 1525 Abs. 2). Eigentümlich ist noch, daß der eheliche Aufwand auch hier dem Gesamtgut zur Last fällt, und ebenso auch die Lasten der eingebrachten Güter beider Gatten (§ 1529). Das sind solche laufende Ausgaben, die ebenso von der Errungenschaft abgezogen werden, wie die erworbenen Aktiva in sie hinein fallen.

Gesamtgutsschulden sind alle Schulden des Mannes gerade wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft. Für diese haftet er hier sogar auch persönlich, also auch mit seinem eingebrachten Vermögen (§ 1530).

Dagegen sind die Schulden der Frau hier Gesamtgutsverbindlichkeiten nur in besonderen Fällen, und diese Fälle sind hier viel enger begrenzt als bei der allgemeinen Gütergemeinschaft; denn hier behält ja die Frau eigenes Vermögen, ja ihr ganzes Eingebrachtes. Darum liegt hier kein Grund vor, Schulden der Frau ebenso grundsätzlich für Gesamtgutsverbindlichkeiten zu erklären, wie bei der Gütergemeinschaft. Also haftet hier das Gesamtgut nicht für voreheliche Schulden der Frau und nicht für Deliktsschulden. Wenn in dem vorher besprochenen Beispiele[1]) die junge Frau, welche die Besorgung ihrer Ausstattung einem Kommissionär übertrug, nicht in allgemeiner Gütergemeinschaft sondern in Errungenschaftsgemeinschaft gelebt hätte, so hätte der Wechsel nur gegen ihr eingebrachtes Vermögen verfolgt werden können. Ebenso steht es mit Deliktsschulden.

In den §§ 1531—1534 sind eine Reihe von Ausnahmen gemacht, in denen das Gesamtgut für Verbindlichkeiten der Frau haften soll. Soweit nun eine Verbindlichkeit der Frau Gesamtgutsverbindlichkeit ist, haftet der Mann auch hier persönlich dafür (§ 1530 Abs. 2), gerade wie bei der Gütergemeinschaft. Wenn ihm das unbequem ist, so mag er auch hier wieder Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft durch eine Klage auf Aufhebung herbeiführen.

Gewisse Gesamtgutsverbindlichkeiten sollen im Verhältnis der Gatten zu einander nach § 1535 nur dem Ehegatten zur Last fallen, in dessen Person sie entstehen. Das ist derselbe Gedanke, den wir schon bei der allgemeinen Gütergemeinschaft kennen gelernt haben. Andere Gesamtgutsverbindlichkeiten sollen nur dem Manne zur Last fallen (§ 1536). Eine Ausstattung, die der Mann einem Kinde versprochen oder gewährt hat, wird nach § 1538 behandelt wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft. Soweit sie das dem Gesamtgut entsprechende Maß übersteigt, fällt sie dem Manne allein zur Last. Außerdem muß für jede Bereicherung eines Gutes auf Kosten des andern Ersatz geleistet werden (§ 1539).

Wenn verbrauchbare Sachen, z. B. Gelder, eingebracht und nicht mehr vorhanden sind, so wird sogar vermutet, daß sie in das Gesamtgut verwendet worden sind, und dies dadurch bereichert worden ist (§ 1540).

Auch hier findet jene Suspension der Ansprüche der Gatten auf Leistung bis zur Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft statt in

[1]) oben S. 444.

Ansehung dessen, was der Mann zum Gesamtgut oder die Frau zu dem eingebrachten Gut des Mannes schuldet (§ 1541). Der Mann kann sich nicht selbst verklagen. Dagegen sind Ansprüche des Mannes auf Leistung der Frau schon vorher zu verfolgen, wenn das eingebrachte Vermögen oder das Vorbehaltsgut der Frau zur Berichtigung ihrer Verbindlichkeiten ausreicht.

Beendigt wird die Errungenschaftsgemeinschaft durch allerlei Gründe, die nur kurz zu bezeichnen sind. Nach § 1542 durch eine Aufhebungsklage eines Gatten wegen Gefährdung. Nach § 1543 wegen Konkurs des Mannes — das ist hier anders wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft, weil hier die Frau durch Aufhebung der Gemeinschaft weniger gefährdet wird — und nach § 1544 durch Todeserklärung eines Gatten.

Die Folge der Aufhebung der Errungenschaftsgemeinschaft ist, daß Gütertrennung unter den Gatten eintritt (§ 1545). Aber diese Veränderung muß auch in das Güterrechtsregister eingetragen werden, um Dritten gegenüber Geltung zu haben.

An die Aufhebung schließt sich die Auseinandersetzung in Ansehung des Gesamtgutes an, nach denselben Regeln wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1546). Auch hier wird durch Überschuldung des Gesamtgutes die Frau nicht verpflichtet, wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft. Namentlich in Lübeck galt bisher das Recht, daß wenn die Frau sich von den Schulden des Mannes lossagen wollte, sie das Gesamtgut preisgeben mußte. Sie mußte dem Gläubiger gegenüber erklären, daß sie darauf verzichtete, sich durch Bürgen oder Verhandlungen sicher zu stellen; wenn sie das Haus verließ, nahm sie keine Schulden des Mannes mit.[1]) Das B.G.B. erspart ihr das. Auch ohne solche Zeremonien ist die Frau bei der Errungenschaftsgemeinschaft wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft für Schulden des Mannes persönlich nicht haftbar.

Das eingebrachte Gut der Frau muß der Mann herausgeben und darüber Rechnung legen, wie beim gesetzlichen Güterstand (§ 1546 Abs. 3).

Ausnahmsweise ist auch nach Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft durch Konkurs des Mannes eine Wiederherstellung mög-

[1]) Über dies sog. „Borgen und Dachdings-Auftragen" vgl. Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., Bd. 4 § 281 Anm. 27 S. 114, § 294 Anm. 51 S. 221, § 300 Anm. 43 S. 263.

lich, wenn die Frau auf Wiederherstellung dieser Gemeinschaft klagt (§ 1547).[1])

Die Schwächen des Systems der Errungenschaftsgemeinschaft sind im B.G.B. nicht vermieden, nämlich die bedenkliche Komplikation, die darin liegt, daß das Vermögen in viele verschiedene Gütermassen zersplittert wird, unter Umständen in vier Massen: Gesamtgut, Eingebrachtes des einen, Eingebrachtes des anderen Gatten und Vorbehaltsgut. Dadurch wird natürlich die Gefahr einer gegenseitigen Eifersüchtelei heraufbeschworen. Die gegenseitigen Aufrechnungen und Ersatzleistungen können zu großen Schwierigkeiten führen. Aber in meinen Augen wiegt noch schwerer diese Unnatur, daß man die ganze Ehe wie eine Erwerbsgesellschaft behandelt.[2]) Indessen ist man in den Ländern, in denen das System herrscht, damit zufrieden. Wir wollen abwarten, ob man in ihnen durch Ehevertrag daran festhalten wird.

14. Fahrnisgemeinschaft oder Mobiliargemeinschaft. (§§ 1549—1557.)

§ 62.

Das ist die Gütergemeinschaft des Code civil und des Badischen Landrechts.[3]) Sie ist eigentlich nur beibehalten, wie die Motive sagen, aus Rücksicht auf diese beiden Länder, innerlich ist sie ganz prinzipienlos.[4]) Sie umfaßt bekanntlich das bewegliche Vermögen und die Errungenschaft, die letztere aber auch mit Einschluß von Immobilien. Man darf sich durch den Namen Fahrnisgemeinschaft ebenso wenig irre führen lassen, wie durch den bisherigen Namen Mobiliargemeinschaft.

---

[1]) Näheres darüber bei Dernburg, Bürg. R. IV § 63 Anm. 6, der bemerkt, daß es sich hierbei selten um lautere Vorgänge handeln werde.

[2]) M. E. muß hier die Ehe von der wirtschaftlichen Tätigkeit in ihr und für sie unterschieden werden. Nur die letztere wird in dem besprochenen System einer Erwerbsgesellschaft gleichgestellt.

[3]) Über ihre rechtsgeschichtliche Grundlage vgl. Dernburg, Bürg. R. Bd. IV § 64 S. 210.

[4]) Mot. IV S. 151. Dies Urteil halte ich für zu schroff. Dieselben Gründe, die für die allgemeine Gütergemeinschaft sprechen, rechtfertigen auch die Fahrnisgemeinschaft in allen Fällen, in denen vorhandene Grundstücke durch ihre Größe dazu ungeeignet sind, mit in das Gesamtgut hineinzufallen.

Es können auch Immobilien, wenn sie errungen worden sind, allerdings mit gewissen Ausnahmen, zum Gesamtgut gehören (§ 1549).[1])

Diese Fahrnisgemeinschaft steht nun der allgemeinen Gütergemeinschaft am nächsten, man kann dreist sagen, sie fällt mit ihr kongruent zusammen, sobald die Gatten gar keine Immobilien haben oder doch nur errungene Immobilien. Dann ist ein Unterschied zwischen Fahrnisgemeinschaft und allgemeiner Gütergemeinschaft tatsächlich nicht vorhanden. Daher unterliegt sie auch beinahe ganz denselben Regeln wie die allgemeine Gütergemeinschaft, auf die hier ganz überwiegend Bezug genommen wird. Alle Anteile stehen zwar den Gatten gemeinsam zu, sind aber latent. Ihre Anteile sind nicht veräußerlich und von den Gläubigern nicht pfändbar.

Beim Konkurs des Mannes gehört das Gesamtgut zur Masse, beim Konkurs der Frau dagegen nicht. Zum Gesamtgut gehört im Zweifel alles Vermögen der Gatten, soweit es nicht Vorbehaltsgut oder Eingebrachtes ist. Vorbehaltsgut ist aber hier nur für die Frau möglich. § 1555 schließt Vorbehaltsgut des Mannes geradezu aus.

Eingebrachtes Gut jedes Gatten ist zunächst

a) nach § 1551 das unbewegliche Vermögen, das er schon bei Beginn der Gemeinschaft besaß, oder das er zwar erst nach Beginn der Gemeinschaft aber von Todes wegen oder durch Schenkung resp. Ausstattung erwarb. § 1551 Abs. 2 bestimmt ausführlich, was alles für Rechte in dies unbewegliche Vermögen hineingehören, nicht bloß Grundstücke nebst Zubehör, sondern auch Rechte an Grundstücken mit Ausnahme der Hypotheken-Grundschulden und Rentenschulden, sowie auch darauf bezügliche Forderungen usw. Rein positiv wird der logisch bedenkliche Begriff des unbeweglichen Vermögens fixiert.[2])

b) Außerdem gehören zum Eingebrachten jedes Gatten auch die unübertragbaren Rechte, die ihm zustehen (§ 1552).

c) Was er durch Ehevertrag als Eingebrachtes reserviert hat (§ 1553).

---

[1]) Wäre dem nicht so, so würde die Frage, ob ein in der Ehe erreichter Erwerb in Grundstücken anzulegen sei, eine unerwünschte praktische Bedeutung erlangen.

[2]) Das Reichsgericht (Entsch. Bd. 51 Nr. 23 S. 110) hält zwar eine analoge Ausdehnung dieser Fixierung grundsätzlich für unzulässig, zieht aber dennoch aus § 1551 (Entsch. Bd. 51 Nr. 57 S. 234) eine allgemeine Folgerung, insofern es hervorhebt, daß das B.G.B. die Hypotheken hier nicht einmal zum unbeweglichen Vermögen zählt, also noch viel weniger als unbewegliche Sachen ansieht.

d) Surrogate, die an Stelle von Gegenständen des Eingebrachten treten.

Für dies eingebrachte Vermögen aber gelten nun nach § 1550 Abs. 2 dieselben Regeln wie für das Eingebrachte bei der Errungenschaftsgemeinschaft, die nicht wiederholt werden brauchen.

Eine Komplikation kann hier eintreten, wenn ein Erwerb teils bewegliches und teils unbewegliches Vermögen in sich begreift, wenn also die Frau z. B. in stehender Ehe ihren Onkel beerbt, der 50000 M. in Mobiliarwerten hinterläßt und 100000 M. in Immobiliarwerten. Dann werden die 50000 M. Fahrnisgemeinschaft, dagegen die 100000 M. Immobiliarwerte gehören in das Eingebrachte. Für diesen Fall bestimmt § 1556, daß die Schulden dem Gesamtgut und dem erwerbenden Ehegatten verhältnismäßig zur Last fallen, m. a. W. da ein Drittel von dem Erwerb in das Gesamtgut gefallen ist, so gehört ein Drittel von den Schulden zum Gesamtgut, und die andern zwei Drittel der Schulden gehören in das Eingebrachte.

Eine Abweichung von der allgemeinen Gütergemeinschaft ist nur die, daß es keine fortgesetzte gibt, aus dem einzigen Grunde, weil sie das französische Recht nicht kennt.[1]) Sie kann übrigens durch Ehevertrag bestimmt werden (§ 1557). Von Gesetzes wegen tritt sie nicht ein.

Man muß als einen Vorzug dieses Systems anerkennen, daß hier eine Sicherung der Frau möglich ist, nämlich durch Umgestaltung ihres Vermögens in Grundbesitz als eingebrachtes Vermögen, über das der Mann nicht verfügen kann.[2]) Andererseits ist von vornherein klar, daß die Verschiedenheit der Behandlung des Vermögens unter den Ehegatten vollständig prinziplos ist, wie die Motive[3]) mit Recht sagen. Hinterläßt der eine Gatte ein Grundstück von 10000 M. Wert und der andere Wertpapiere von 100000 M., so verliert der letztere von seinen 100000 M. die Hälfte, dagegen der erstere behält die 10000 M. ganz und gar. Darin liegt doch handgreiflich eine große Ungerechtigkeit,

[1]) Als ein anderer Grund ließe sich wohl noch anführen, daß da, wo zu dem Gesamtgute eine gemeinsame Heimstätte nicht gehört, die Fortsetzung der Gemeinschaft durch den Überlebenden minder passend erscheint; daß aber dies in der Regel der Fall sein wird, wenn man die eingebrachten Grundstücke vom Gesamtgute ausschließt.

[2]) Dernburg a. a. O. S. 212 bemerkt, daß hier „das Immobiliarvermögen wie ein Stammgut der Familie eines jeden der Ehegatten gilt".

[3]) Bd. IV S. 151, vgl. dagegen oben S. 458 Anm. 4.

Ebendarum wird diese französische Gütergemeinschaft in der Praxis durch Vertrag ungemein häufig ausgeschlossen. Man darf sich der Hoffnung hingeben, daß sie in dem künftigen Rechte verschwinden wird.[1]) Obwohl das Rheinland sehr für sie schwärmt, so läßt sich das doch nur durch Gewohnheit erklären.

15. Güterrechtsregister. (§§ 1558—1563.[2])

§ 63.

Die Bedeutung des Güterrechtsregisters ist die, daß die dort eingetragenen Tatsachen als Dritten bekannt gelten, daß also der gutgläubige Dritte, der im Vertrauen auf das Register Geschäfte mit einem Gatten gemacht hat, nach § 1435 geschützt wird. Das Genauere ist rein positiv. Ein Formular für das Güterrechtsregister hat der Bundesrat bereits aufgestellt und im Zentralblatt f. d. D. R., Jahrgang 1898 Nr. 47 publiziert.

Zuständig zur Führung des Güterrechtsregisters ist das Amtsgericht des Wohnsitzes des Mannes. Wenn der Mann seinen Wohnsitz verlegt, muß die Eintragung auch im neuen Bezirk wiederholt werden, dagegen, wenn er ihn wieder zurückverlegt, braucht sie nicht wiederholt zu werden; denn in dem alten Register wird die Eintragung nicht gelöscht, sondern besteht fort.

Die Eintragung erfolgt nur auf Antrag und auch nur in den Grenzen des Antrags. Wenn ein Richter ohne Antrag eintrüge, würde er sich schadensersatzpflichtig machen. Es ist aber nicht einzusehen, wie er dazu kommen sollte. Der Antrag muß in öffentlich beglaubigter Form an das Gericht gerichtet werden. Antragsteller sind regelmäßig beide Ehegatten, nur ausnahmsweise einer ohne den andern. Namentlich kann einen Antrag auf Beschränkung der eheweiblichen Schlüsselgewalt der Mann allein stellen. In anderen Fällen genügt der Antrag eines oder des anderen Gatten, wenn der eine Gatte einen Ehevertrag vorlegen kann oder eine gerichtliche Entscheidung, welche eine Eintragung anordnet, so kann er allein die Urkunde überreichen

[1]) Vgl. oben S. 407 Anm. 1.

[2]) Dieser Rechtszweig ist schon oben berührt S. 408, vgl. Mot. IV S. 554: „Das Vorbild bietet die Eintragung in das Handelsregister für handelsrechtliche Bekanntmachungen."

und braucht nicht die Zustimmung des andern beizubringen. Die Eintragungen sind in dem Blatt, das für die Bekanntmachungen des Amtsgerichts bestimmt ist, zu veröffentlichen.

Die Änderung des Güterstandes ist nicht im einzelnen bei der Bekanntmachung darzulegen, sondern nur durch Bezeichnung des neu eingetretenen Güterstandes im allgemeinen. Und wenn Abweichungen von den gesetzlichen Regeln von den Parteien beliebt sind, braucht auf diese Abweichungen in der Bekanntmachung nur mittels der allgemeinen Bezeichnung hingewiesen zu werden. Das Einzelne ist nicht zu veröffentlichen.

Das Güterrechtsregister ist öffentlich und die Einsicht jedem gestattet. Jeder kann auch Abschrift von der Eintragung fordern; die Abschrift ist auf Verlangen zu beglaubigen.

Kapitel II. Verwandtschaftsrecht.

„Das Verwandtschaftsrecht des B.G.B." Berlin 1899, eine gute Monographie von Dr. Opet, ist ziemlich umfassend und eingehend.[1])

1. Allgemeine Regeln.

§ 64.

Die allgemeinen Bestimmungen entsprechen ganz dem bisherigen Recht. Die Verwandtschaft wird im § 1589 und die Verschwägerung im § 1590 ganz nach dem Muster des römischen, gemeinen und auch des preußischen Rechts definiert.

Auch die Zählung der Grade unterliegt nach denselben Paragraphen genau den Regeln wie nach bisherigem Recht. Die Schwägerschaft bleibt auch unabhängig von der Fortdauer der Ehe durch die sie geschaffen wurde (§ 1590 Abs. 2), m. a. W. der Schwiegervater bleibt verschwägert mit der Schwiegertochter, auch wenn diese Witwe geworden ist. Infolgedessen besteht also ein Ehehindernis trotz der Auflösung der Ehe zwischen Schwiegervater und Schwiegertochter fort.

[1]) Vgl. auch Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft 1901.

Dagegen gelten abweichend vom bisherigen Recht ein uneheliches Kind und sein Erzeuger nicht als miteinander verwandt; darum besteht also zwischen ihnen auch keinerlei Erbrecht. Nur eine Ausnahme gilt von dieser Nichtverwandtschaft zwischen Erzeuger und unehelichem Kinde, insofern das Ehehindernis der Verwandtschaft doch auch durch uneheliche Abstammung begründet wird (§ 1310 Abs. 3). Außerdem besteht auch ein Alimentenanspruch des unehelichen Kindes gegen den Erzeuger (§ 1708 ff.) s. unten § 69.

2. Eheliche Abstammung.[1])

§ 65.

Diese ist überwiegend nicht nach dem Muster des gemeinen Rechts, sondern vielmehr nach dem des preußischen Rechts geregelt; um es kurz vorweg zu nehmen: im Sinne einer Begünstigung der Ehelichkeit, wie sie im römischen Recht noch nicht besteht, aber doch zugleich mit Vermeidung gewisser Übertreibungen dieser Tendenz, die wir im preußischen Recht wahrnehmen.

Nach § 1591 ist ehelich ein Kind, wenn es

1. nach Eingehung der Ehe von der Frau geboren ist,
2. der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt hat.

Die Geburt des Kindes muß nach Eingehung der Ehe erfolgt sein, d. h. nicht gerade in der Ehe, sondern auch nach Wiederauflösung der Ehe kann die Geburt des Kindes stattgefunden haben. Dagegen ist es unerheblich, ob die Empfängnis des Kindes auch erst nach Eingehung der Ehe oder vielmehr schon vor derselben stattgefunden hat. M. a. W. auch das vor der Ehe der Mutter empfangene Kind ist ein eheliches, wenn nur seine Geburt erst nach Eingehung der Ehe erfolgt und vor der Ehe in der Empfängniszeit die Mutter ihrem späteren Ehemann bereits beigewohnt hatte. Das entspricht zwar nicht dem römischen und gemeinen, wohl aber dem Pr. A.L.R.[2]) und den meisten neueren Gesetzbüchern. Der Grundgedanke ist, daß dadurch die Ehelichkeit befördert wird und damit zugleich die Eheschließung. Es wird derjenige, der ein Kind außerehelich erzeugt

[1]) Literatur bei Dernburg, Bürg. R. IV § 66 Anm. 1.

[2]) Dernburg, Bürg. R. IV § 66 Anm. 7 S. 218.

hatte, vielleicht bestimmt, noch vor der Geburt des Kindes die Mutter zu heiraten; zugleich wird dadurch die Zahl der unehelichen Kinder vermindert.

Kommt nun zu der ersten Voraussetzung: Geburt des Kindes nach Eingehung der Ehe, die Voraussetzung, daß der Mann und die Frau in der Empfängniszeit einander beigewohnt haben, so verlangt das B.G.B. keine weiteren Beweise dafür, daß durch diese Beiwohnung des Mannes das Kind auch tatsächlich erzeugt worden sei, sondern es vermutet das. Man kann das die Vaterschaftsvermutung nennen.

Das steht zwar nicht mit den Worten „wird vermutet" im B.G.B., aber da weiter nichts verlangt wird, als daß der Mann innerhalb der Empfängniszeit der Frau beigewohnt habe, so liegt darin von selbst, daß die Befruchtung der Frau durch Beischlaf vermutet wird. Auch das entspricht dem preußischen Recht.

Diese Vermutung kann nach demselben § 1591 Abs. 1 Satz 2 nicht anders entkräftet werden, als durch die offenbare Unmöglichkeit, daß die Frau das Kind von dem Manne empfangen habe. Diese offenbare Unmöglichkeit der Empfängnis von dem Manne läßt sich nun nicht aus Gründen annehmen, welche die Beiwohnung ausschlossen, wie Abwesenheit des Mannes, Impotenz u. dgl. m. Eine Beiwohnung in der Empfängniszeit wird ja in Abs. 1 als tatsächlich geschehen vorausgesetzt.[1]) Vielmehr kann die offenbare Unmöglichkeit nur aus solchen Gründen folgen, welche den Kausalzusammenhang zwischen der stattgehabten Beiwohnung in der Empfängniszeit und der erfolgten Empfängnis ausschließen, welche also die erfolgte Beiwohnung als eine unfruchtbare erscheinen lassen. Welche Gründe diese Kraft hat, darüber schweigt die Denkschrift vollständig. In der zweiten Kommission für das B.G.B. wurde als Hauptgrund die Rasseverschiedenheit angeführt, z. B. die Geburt eines schwarzen Kindes von einer weißen Frau. Zur Berücksichtigung dieses Falles bot den Anlaß ein Fall aus den ostafrikanischen Schutzgebieten, wo eine Berlinerin Ida N., als den Erzeuger ihres zu erwartenden Kindes einen deutschen Marineoffizier, der allerdings in der Empfängniszeit ihr beigewohnt hatte, in Anspruch nahm, dann aber bei der Entbindung ein schwarzes Kind zur Welt brachte. In einem solchen Falle

[1]) Die sog. „Beiwohnungsvermutung" ist allerdings erst in Abs. 2 des § 1591 erwähnt (s. unten im Text), in der Praxis wird sie aber die Regel bilden.

würde, trotz der ehemännlichen Beiwohnung innerhalb der Empfängniszeit, doch die Erzeugung durch den Ehemann offenbar unmöglich sein. Das ist zwar von dem Heidelberger Professor Barazetti bestritten, wird aber sonst als allgemein anerkannt. Ein weißes Ehepaar soll ein schwarzes Kind niemals als eheliches in Anspruch nehmen dürfen.

Fraglich ist nun aber, ob außer dieser Rasseverschiedenheit auch noch andere Gründe solche offenbare Unmöglichkeit begründen. Manche verneinen diese Frage, allein ich glaube, daß diese Begrenzung zu eng ist. Ein zweiter Fall offenbarer Unmöglichkeit der Empfängnis vom Manne liegt aber doch wohl auch dann vor, wenn die Frau schon vor der ehemännlichen Beiwohnung von einem anderen Manne schwanger war, da man doch an eine Superfötation jetzt nicht mehr glaubt. Erhielt z. B. eine Ehefrau schon sieben Monate nach Eheabschluß und nach der ersten Beiwohnung mit dem Manne ein Kind, und steht fest, daß bereits drei Monate vor Eheabschluß sie von einem andern Manne verführt und dann auch ihre Menstruation ausgeblieben war,[1]) so ist die Kausalität der späteren ehemännlichen Beiwohnung offenbar unmöglich.

Ob dabei nun die entscheidende Tatsache schon ohne Beweisaufnahme feststeht, z. B. durch Geständnis oder richterliches Urteil, etwa Verurteilung des fremden Mannes wegen Notzucht u. dgl. m., oder ob die Tatsache erst vom Manne bei seiner Illegitimitätsklage bewiesen wurde, kann für die Offenbarkeit oder Nichtoffenbarkeit der Unmöglichkeit keinen Unterschied machen. Also ist offenbare Unmöglichkeit nicht mehr und nicht weniger als zweifellose und völlig sichere Unmöglichkeit, aber auch eine solche, die durch Beweisaufnahme erst erbracht wird.

Eben darum aber kann man wohl eine solche offenbare Unmöglichkeit nicht, wie Opet[2]) es tun will, auch sogar dann annehmen, wenn diese Möglichkeit nur aus der Reife des Kindes gefolgert werden sollte, weil etwa schon 6—7 Monate nach der ersten ehemännlichen Beiwohnung die Frau ein vollreifes Kind zur Welt bringt oder umgekehrt erst 10 Monate nach der letzten ehemännlichen Beiwohnung ein knappreifes Kind geboren wird. Denn die Folgerungen aus dem Reifegrad des Kindes liefern niemals ein vollständig sicheres Ergebnis. Das ist in der Literatur schon mehrfach vertreten worden. Namentlich

[1]) Ob dieses ein untrügliches Schwangerschaftszeichen ist, ist zweifelhaft, doch können andere untrügliche Zeichen vorliegen.

[2]) a. a. O. S. 19. Daselbst weitere Literaturangaben Anm. 32.

kann der Mangel an Reife trotz langer Schwangerschaft sehr wohl durch Krankheit der Mutter oder Krankheit des Fötus verursacht sein.[1])

Noch weniger ist natürlich die Empfängnis vom Ehemann darum eine offenbare Unmöglichkeit, weil etwa das Kind eine auffallende Ähnlichkeit mit einem Hausfreunde hat oder weil ein Ehebruch der Frau in der Empfängniszeit feststeht. Denn einen bloßen Ehebruch der Frau erklärt bekanntlich schon das Pr. A.L.R.[2]) und andere Gesetzbücher hier für unzureichend kraft des sehr gerechtfertigten Gedankens, daß trotz des Ehebruchs der Mutter das Kind noch immer vom Ehemann erzeugt sein *kann*. Darum wird es eben als wirklich von ihm erzeugt behandelt bis zur Erweisung des Gegenteils. Das B.G.B. aber verallgemeinert diesen Gedanken des Pr. A.L.R. dahin, daß die Vermutung für die Kausalität der ehemännlichen Beiwohnung überhaupt nicht durch einfachen Gegenbeweis, sondern nur durch offenbare Unmöglichkeit ausgeschlossen wird.

Liegt schon in dieser starken Vaterschaftsvermutung oder Vermutung für die Kausalität des ehemännlichen Beischlafs eine Begünstigung der Ehelichkeit, so kommt zur Ergänzung noch eine zweite Vermutung hinzu: die Vermutung für die Tatsache der Beiwohnung zwischen Ehemann und Frau in der Empfängniszeit des nach Eingehung der Ehe geborenen Kindes (§ 1591 Abs. 2).

Diese zweite Vermutung — man kann sie kurz die Beischlafsvermutung nennen — ist dem römischen Recht und auch den neueren Gesetzbüchern ebenfalls bekannt. Aber sie ist mit jener ersten, der Vaterschaftsvermutung meist zusammengefaßt in den einen bekannten römischen Satz: „pater est, quem nuptiae demonstrant". In diesem Satz steckt zweierlei: der Gedanke, wer Ehemann der Mutter war, hat präsumtiv 1) ihr beigewohnt und 2) durch die Beiwohnung auch das von ihr geborene Kind erzeugt. Das B.G.B. aber legt diese beiden Vermutungen auseinander und unterwirft sie namentlich im Punkte der Widerlegbarkeit ungleichen Regeln.[3]) Diese zweite Ver-

[1]) Diese Frage kann nur durch medizinische Autoritäten entschieden werden.

[2]) § 5 A.L.R. II, 2.

[3]) Genau betrachtet hat die Wiederlegung beider Vermutungen denselben Inhalt: „Unmöglichkeit der Vaterschaft"; denn der unterbliebene Beischlaf ist nur einer der Gründe einer solchen Unmöglichkeit. Mit dem Beweise der bloßen Unwahrscheinlichkeit seiner Vaterschaft wird der beklagte Ehemann, wie bisher, nicht gehört, damit unsichere und unerquickliche Beweiserhebungen abgeschnitten werden, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 67 Anm. 5.

mutung gilt nun in soweit, als die Empfängniszeit in die Ehe hineinfällt unbedingt. Der Geschlechtsverkehr zwischen Ehegatten ist eben das normale. Dagegen in soweit als die Empfängniszeit vor die Ehe fällt, gilt nach § 1591 Abs. 2 Satz 2 die Vermutung nur unter der Bedingung, daß der Mann gestorben ist, ohne die Ehelichkeit des Kindes angefochten zu haben.

Gegen die Beischlafsvermutung ist der Gegenbeweis nicht besonders beschränkt. Also kann ihr gegenüber der Gegenbeweis dafür geführt werden, daß eine Beiwohnung nicht möglich gewesen sei z. B. wegen Abwesenheit oder Krankheit des Mannes; oder daß sie zwar möglich gewesen wäre aber tatsächlich nicht stattgefunden habe. Z. B. wegen impossibilité morale, wie die Franzosen es nennen, weil die Ehegatten ihre Gemeinschaft aufgehoben hatten, in Trennung lebten, oder weil der Mann die Frau in Verdacht der Untreue hatte, und um sie zu überführen, sich jeder Beiwohnung mit ihr sorgsam enthalten hatte. Das würde zum Gegenbeweis gegenüber dieser praesumtio pro coitu ausreichen.

Durch diesen § 1591 Abs. 2 vermeidet nun das B.G.B. den bekannten Fehler, den das Pr. A.L.R.[1]) gemacht hatte, das bei den während der Ehe geborenen Kindern die Beiwohnung der Gatten unbedingt vermutete, m. a. W. auch in der vor der Ehe liegenden Empfängniszeit. Daraus folgten die bekannten erschreckenden Konsequenzen: Wenn die Frau einen Monat nach Verheiratung ein Kind gebar, so wurde der Beischlaf schon 6—9 Monate vor der Hochzeit präsumiert. Obwohl vielleicht der Mann noch in früherer Ehe lebte oder infolge seines Standes als Geistlicher, Beamter u. dergl. m. zu einem besonders sittlichen Leben verpflichtet war, dichtete ihm das Gesetz einen vorehelichen Beischlaf an. Diese Übertreibung der Beischlafsvermutung beseitigt das B.G.B. durch § 1591 wenigstens in der Hauptsache, indem dem lebenden Ehemanne gegenüber solche voreheliche Beiwohnung nicht vermutet wird, sondern erst nachgewiesen werden muß.

Ebenso steht es auch dem verstorbenen Ehemanne gegenüber, wenn er die Anfechtung bereits erklärt hatte. Freilich einem verstorbenen Gatten gegenüber, der die Anfechtung bis zu seinem Tode nicht erklärt hatte, übernimmt das B.G.B. die Vermutung des Pr. A.L.R. in voller Schärfe, auch dann, wenn der verstorbene Ehemann die Geburt des Kindes bis zu seinem Tode nie erfahren hatte.

[1]) § 2 A.L.R. II, 2.

Die Denkschrift zur Reichstagsvorlage S. 321 motiviert das damit, daß es hier billig erscheine, die Lage des Kindes durch die Vermutung für die voreheliche Beiwohnung zu erleichtern. — Für das Kind ist das ja gewiß sehr günstig, aber gegen den verstorbenen Ehemann kann es unter Umständen sehr unbillig sein. Man setze z. B. folgenden Fall: Ein Ehemann wird Anfang Januar von seiner Frau geschieden. Anfang April heiratet er wieder, also nach drei Monaten, und zwar eine Frau, die ihm verheimlicht, daß sie von einem andern Mann schwanger ist. Dann stirbt der Mann im Mai, immer noch ohne Kenntnis des Betruges, und Anfang Juni bringt seine zweite Frau ein Kind zur Welt, das heißt schon zwei Monate nach Abschluß der Ehe mit dem verstorbenen Manne. Dann ist das Kind nach dem B.G.B. schlechthin ehelich, weil gegen den Verstorbenen vermutet wird, daß er in der Empfängniszeit der zweiten Frau beigewohnt habe, zu einer Zeit, wo er noch mit seiner ersten Frau verheiratet war. Diese erste geschiedene Frau könnte dann ihren nunmehr verstorbenen Mann mit Grund als Ehebrecher schelten.[1]) Wenn die geschiedene erste Frau aber vielleicht im Juli ein Kind erhielt, dann hat der Mann es zu Wege gebracht, aus der zweiten Ehe früher ein Kind zu bekommen als aus der ersten. Das sind die Konsequenzen des § 1591.[2])

Neu ist weiter im § 1592 die Bestimmung der Empfängniszeit. Natürlich wird diese wie bisher in allen deutschen Rechten durch eine abstrakte Regel bestimmt, während es in England lediglich Sache des konkreten Falls ist, die Empfängniszeit zu bemessen. Aber die Dauer der Empfängniszeit ist im B.G.B. ausgedehnter als bisher in irgend einem andern Gesetzbuch. Das römische Recht läßt bekanntlich die Empfängniszeit schon 181 Tage vor der Geburt beginnen, dafür aber nur bis zum 300. Tage rückwärts reichen. Das Pr.A.L.R. dagegen läßt sie erst am 210. Tage vor der Geburt anfangen, dafür aber sich bis zum 302. Tage rückwärts erstrecken.[3]) Das B.G.B. übernimmt den früheren Beginn der Empfängniszeit aus dem römischen Recht und die weitere Erstreckung aus dem preußischen Recht. Die Minimaldauer der Schwangerschaft wird mit dem römischen Recht auf 181 Tage bestimmt und die Maximaldauer mit preußischem Recht auf 302 Tage.

[1]) Doch nur als einen gesetzlich fingierten, nicht als einen wirklichen.

[2]) Wenn überhaupt einmal irgendwo die freie richterliche Überzeugung beschränkt wird, so sind in einzelnen Fällen unerwünschte Folgen unausbleiblich.

[3]) § 2, 20 A.L.R. II, 2.

Sowohl der 181. als auch der 302. Tag werden dabei in die Frist eingerechnet (§ 1592).

Hat also z. B. am 29. Mai eine Hochzeit stattgefunden und die Frau dann schon nach 181 Tagen d. h. am 26. November[1]) ein Kind geboren, so ist dies ehelich. Freilich ist nun in einem solchen Fall die Beischlafsvermutung unter Umständen durch Gegenbeweis leicht zu widerlegen.

Es gehört hierher ein berühmter Fall, den Seuffert mitteilt. Wenn die Hochzeit abends spät stattgefunden hat und die Brautleute noch bis nach Mitternacht an der Hochzeitstafel teilgenommen haben, so läßt sich widerlegen, daß schon am 181. Tage vor der Geburt des Kindes eine eheliche Beiwohnung möglich gewesen sei.

Auch die weite Begrenzung der Frist ist nach § 1592 Abs. 2 nur relativ, sie kann im konkreten Falle noch über jenes Maximum von 302 Tagen hinaus erstreckt werden, nach den Vorschlägen, die der Berliner Gynäkologe Olshausen gegenüber dem ersten Entwurf in einer unterdessen eingegangenen juristischen Zeitschrift „Boedekers Magazin für Hannöversches Recht" gemacht hatte. Olshausen hatte ausgeführt, daß ihm in der Praxis Schwangerschaften vorgekommen seien nicht bloß bis zur Dauer von 302 Tagen, sondern bis zur Dauer von 306, 310 und in einem Falle bis zu 320 Tagen. Darum ist der erste Entwurf geändert, und bestimmt worden: wenn feststeht, daß das Kind innerhalb eines noch weiter als 302 Tage zurückliegenden Zeitraums empfangen worden ist, so gilt dieser Zeitraum zu Gunsten des Kindes als Empfängniszeit. Wenn z. B. ein Ehemann stirbt oder ins Zuchthaus kommt, die Frau noch an demselben Tage in ein Krankenhaus aufgenommen wird, wo jeder Verkehr mit irgend einem Manne ausgeschlossen ist und sie am 310. Tage von einem Kinde entbunden wird, so steht fest, daß sie das Kind schon 310 Tage vor der Geburt empfangen haben muß, weil sie seitdem mit einem Manne nicht mehr hat verkehren können. Damit ist allerdings eine noch über das preußische Recht erheblich hinausgehende Begünstigung der Ehelichkeit eines Kindes festgesetzt.

Nach §§ 1593 bis 1599 ist bei einem Kinde, das während der Ehe geboren ist oder noch binnen 302 Tagen nach Auflösung der Ehe, die Geltendmachung seiner Unehelichkeit sehr beschränkt. Vor allem

[1]) Die Nachschrift sagt „am 29. November".

ist die Aktivlegitimation für solche Illegitimitätsklage nicht wie im römischen und gemeinen Recht jedem Interessenten beigelegt, etwa außer dem Ehemanne auch dem Kinde selber und einem Dritten, z. B. präsumtiven Geschwistern, sondern nach § 1593 hat zunächst der Ehemann ganz allein das Anfechtungsrecht. Das bestimmt freilich schon jetzt das französische G.B. und nach der herrschenden Ansicht auch das Pr. A.L.R.[1]) Erst wenn der Ehemann entweder die Ehelichkeit des Kindes bereits angefochten hat oder gestorben ist, aber ohne das Anfechtungsrecht bereits verloren zu haben, können andere Personen als er die Unehelichkeit geltend machen. Durch Anerkennung des Kindes schließt der Ehemann überhaupt ganz und gar jede Anfechtung aus (§ 1598).

Durch diese Bestimmung der Aktiv-Legitimation wird, wie ohne weiteres einleuchtet, der Personenstand der von der Frau außerehelich empfangenen Kinder fast ganz in die Hand oder Willkür des Mannes gelegt. Er kann durch Anerkennung, ja auch schon durch bloßes Schweigen hiernach Verwandtschaftsverhältnisse zur Entstehung bringen, welche notorischen Tatsachen direkt widersprechen. Er kann Kinder zu den seinigen machen, welche die Frau bekommt, während er vollständig gelähmt oder über 90 Jahre alt ist, während er seit Jahren im Zuchthaus sitzt oder während er in Afrika herumreist. Ja er kann das sogar gewerbsmäßig betreiben, indem er etwa seine Frau für gutes Geld verkuppelt und zum Vater ihrer Kinder sich selber macht, um den wahren Erzeuger zu verdecken. Mittelbar kann er natürlich dadurch Erbrecht, und Pflichtteilsrechte schaffen und Erbrechte und Pflichtteilsrechte dritter Personen verkürzen; er kann Alimentenansprüche und Ehehindernisse begründen oder ausschließen. Z. B. zwischen einer Tochter, die er aus erster Ehe hat und einem Sohn, den seine zweite Frau außerehelich empfangen hat, kann er ein Ehehindernis begründen, sobald er nur diesen Sohn stillschweigend als den seinigen gelten läßt. Kurz, der Ehemann kann danach formelles Recht schaffen, wie ein Richter, durch rechtskräftiges Urteil, und physisch geradezu Unmögliches zu einem bindenden Rechtsverhältnis erheben. Ist das denn nicht höchst bedenklich, obwohl es schon nach preußischem Recht möglich ist?

Auf diese Bedenken antwortet Rechtsanwalt Scherer, man möge diese Bestimmung des B.G.B. im Interesse der unehelichen Kinder

[1]) Motive IV S. 658.

freudig begrüßen. Das will mir eine etwas einseitige Betrachtung erscheinen, die ich außerdem nicht für richtig halte. Man setze folgenden Fall. Es saß ein Ehemann wegen schwerer Verbrechen in Moabit im Zuchthaus. Die Frau bekümmerte sich nicht um ihn und wurde von einem Bankier ausgehalten. Sie bekam zwei Kinder. Als die Strafzeit des Mannes ihrem Ende entgegen ging, ließ sie sich von ihm scheiden, was wegen des zuchthauswürdigen Verbrechens des Mannes leicht war. Als er zurückkam und die Frau ihm die Aufnahme in ihre Wohnung verweigerte, sagte er: „Nun gut, wenn wir geschieden sind, so sind doch die Kinder die meinigen (Pater est, quem nuptiae demonstrant), und die Kinder sollen ihren Vater kennen lernen!" Soll man mit Scherer sagen, es liege im Interesse der unehelichen Kinder, daß sie dem Zuchthäusler gehören?

Etwas anders motiviert die Denkschrift S. 323: Die Gefahr, daß ein Ehemann Kinder, die nicht von ihm erzeugt seien, als die seinigen gelten lasse, sei eine so fernliegende und jedenfalls ein viel geringeres Übel, als wenn man Prozesse zulassen wollte, durch welche gegen den Willen des Mannes die Abstammung der von der Frau geborenen Kinder von ihm in Frage gezogen würde. Ich glaube zunächst nicht, daß diese Gefahr eine so fernliegende ist. Zahlreiche Prozesse zeigen, daß ein Ehemann, sei es um Skandal zu vermeiden, aus Anstandsrücksichten schweigt, obwohl er notorisch zeugungsunfähig ist, oder sogar durch Geld sich dazu bestimmen läßt. Auf diese Weise kann er den Personenstand alterieren und z. B. seinen Kindern aus einer früheren Ehe Geschwister und Mitpflichtteilsberechtigte an die Seite setzen. Das scheint mir in hohem Maße bedenklich. Aber lex ita scripta est.

Das B.G.B. macht auch nicht einmal wie das Pr. A.L.R. eine Ausnahme für Lehens- und Fideikommißanwärter. Allerdings bleiben nach Art. 59 des Einführungsgesetzes die landesgesetzlichen Vorschriften über Lehen, Fideikommisse und Stammgüter unberührt;[1]) und auf Grund dessen erklärt das preußische Ausführungsgesetz zum B.G.B. Art. 89, 1c bei solchen Gütern das Recht der Anwärter, die Ehelichkeit selbständig unabhängig vom Mann anzufechten, für fortbestehend. Es wird aber nicht dieser Ausdruck gebraucht, sondern bestimmt, daß die §§ 17 und 18, II 2 des Pr. A.L.R., welche ein selbständiges Anfechtungsrecht von Lehens- und Fideikommißanwärtern statuieren, nicht

[1]) Vgl. hierzu Planck 4 zu § 1593 und dazu Dernburg, Bürg. R. IV § 67 Anm. 13.

aufgehoben seien. Danach ist es in Zukunft allerdings möglich, daß jemand für sein Allodialvermögen eheliche Kinder hinterläßt, dagegen für sein Majorat nicht, weil von dem Anwärter die Ehelichkeit der Kinder mit Erfolg angefochten worden ist.

Das Anfechtungsrecht des Ehemannes ist überdies durch allerlei besondere Vorschriften gebunden (§§ 1594—1599).

1. Nach § 1594 gilt eine Ausschlußfrist von einem Jahre seit erlangter Kenntnis von der Geburt des Kindes. Das ist aus dem preußischen Rechte übernommen. Auf diese Ausschlußfrist sind aber gewisse Bestimmungen, die bei der Verjährung gelten, übertragen. Eine Verjährungsfrist ist es nicht, weil in der Anfechtungsklage kein Anspruch gefunden wird.

2. Nach § 1495 ist das Anfechtungsrecht ein höchst persönliches. Daher kann der Entschluß der Anfechtung nicht durch einen Stellvertreter gefaßt werden. Sogar beschränkt Geschäftsfähige, also z. B. ein wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigter kann nur selber und dann auch ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters anfechten. Freilich, für einen Geschäftsunfähigen, z. B. für einen Geisteskranken, kann dessen gesetzlicher Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts das Anfechtungsrecht ausüben. Es mußte das bestimmt werden, damit nicht uneheliche Kinder, die die Frau einem geisteskranken Manne gebiert, definitiv als dessen eheliche Kinder gelten.

3. Nach § 1596 ist die Form für die Anfechtung der Ehelichkeit bei Lebzeiten des Kindes die Erhebung einer Anfechtungsklage von seiten des Mannes. Das ist die bisherige Illegitimitätsklage. Ist diese Klage erhoben, dann ist bis zur Erledigung des Rechtsstreites auch jede anderweitige Geltendmachung der Unehelichkeit ausgeschlossen. Ausgeschlossen ist z. B. eine Einrede des präsumtiven Vaters gegenüber anderen Ansprüchen oder eine Geltendmachung von Alimentenansprüchen des als ehelich präsumierten Kindes gegen den außerehelichen Erzeuger, oder endlich die Feststellungsklage von Geschwistern, welche dem präsumtiven Bruder seine Geschwisterqualität bestreiten. Es soll durch die Anfechtungsklage die Sache allseitig zum Austrag kommen.

Nach dem Tode des Kindes geschieht die Anfechtung durch Erklärung vor dem Nachlaßgericht (§ 1597), weil jetzt bloß noch erbrechtliche Folgen der Ehelichkeit in Frage kommen können. Das Nachlaßgericht muß dann diese Erklärung den Erben des Kindes mitteilen.

4. Nach § 1598 schließt der Mann dadurch, daß er das Kind als das seinige anerkennt, die Anfechtung der Ehelichkeit aus. Diese Anerkennung kann er nach Abs. 3 auch in einer Verfügung von Todeswegen aussprechen. Übrigens ist sie unter Lebenden formfrei. Sie kann auch durch konkludente Handlungen erfolgen, durch Benennung des Kindes mit dem Namen des Benennenden[1]) oder Erziehung desselben mit den ehelichen Kindern; aber doch nur nach der Geburt. Also genügt z. B. Heirat mit einer schwangeren Frauensperson zur Anerkennung unter keinen Umständen, denn da das Kind noch nicht geboren ist, konnte hier noch gar keine Anerkennungserklärung im voraus abgegeben werden.

Eine Wiederanfechtung der erklärten Anerkennung unterliegt denselben Regeln wie die Anfechtung der Ehelichkeit. Darum werden in der C.P.O. immer die beiden Anfechtungsklagen erwähnt, d. i. die Klage des Ehemannes, mit der er die Ehelichkeit anficht, und ferner die Klage, mit der er seine Anerkennung der Ehelichkeit anficht und rückgängig machen will.

Übt nun der Ehemann sein Anfechtungsrecht in den angegebenen Grenzen nicht aus, dann steht die Ehelichkeit durch praesumptio iuris et de iure fest, für alle Rechtsverhältnisse und für und gegen alle Personen. Der Ehemann hat es in der Hand, die Endgültigkeit der Ehelichkeit herbeizuführen.

Umgekehrt aber kann nach § 1593 auch jede andere Person die Unehelichkeit des Kindes geltend machen, wenn der Ehemann sein Anfechtungsrecht ausgeübt hat, ohne daß ein rechtskräftiges Urteil darüber ergangen ist, z. B. weil der Prozeß ohne Urteil durch den Tod einer Partei erledigt worden ist, oder weil nach dem Tode des Kindes der Ehemann nur eine Anfechtungserklärung abgegeben hat und keine Anfechtungsklage hat erheben können, auch dann, wenn der Ehemann gestorben ist, ohne das Anfechtungsrecht schon verloren zu haben. Es ist hierbei keine Beschränkung im B.G.B. ausgesprochen. Also können nicht bloß, wie im preußischen Recht, Verwandte des Ehemanns, sondern auch fremde Personen anfechten, vorausgesetzt natürlich, daß derjenige, der die Unehelichkeit des Kindes geltend machen will, ein

[1]) Auch durch Anmeldung bei dem Standesbeamten, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 67 Anm. 11.

Interesse an der Unehelichkeit hat.[1]) Setzen wir den Fall, der Erblasser habe einen guten Freund zum Erben eingesetzt, ihn aber mit der Herauszahlung des Pflichtteils an das präsumtiv eheliche Kind belastet. Jetzt will der gute Freund beweisen, daß der Ehemann bei der Zuwendung des Pflichtteils im Irrtum war, und auf diese Weise die Zuwendung des Pflichtteils anfechten. Dann steht ihm das unter den angegebenen Voraussetzungen frei. Und zwar ist die Geltendmachung der Unehelichkeit von solchen anderen Personen nicht an die Regeln über Anfechtungsklagen gebunden. Die Anfechtungsklage ist nur für die Verfolgung der Illegitimität durch den Mann selber die gegebene Form. Vielmehr ist, wie die Denkschrift[2]) sagt, dann die Geltendmachung der Unehelichkeit nach allgemeinen Grundsätzen zu verfolgen, m. a. W. durch eine Feststellungsklage oder auch durch eine Einrede, und auch nach mehr als Jahresfrist seit Kenntnis der Geburt.

Eine besondere Sicherheitsvorschrift gibt § 1600 zur Vermeidung einer sonst möglichen Doppelvaterschaft, nämlich im Falle der Wiederverheiratung einer gewesenen Ehefrau. Diese Wiederverheiratung ist freilich erst nach jener Wartefrist der gewesenen Frau von 10 Monaten gestattet. Aber dies Hindernis ist bloß ein aufschiebendes und kann durch Dispens beseitigt werden. Es wäre der Fall möglich, daß die gewesene Frau wieder heiratet, obwohl sie noch vom ersten Manne schwanger ist. Eine solche Frau kann in der zweiten Ehe ein Kind zur Welt bringen, das nach den aufgestellten Regeln eheliches Kind sowohl des ersten als auch des zweiten Mannes sein würde. Wenn z. B. das Kind einerseits vor Ablauf von 302 Tagen seit Auflösung der ersten Ehe geboren wird, zugleich aber nach Ablauf von 181 Tagen seit Eingehung der zweiten Ehe, dann führen die entwickelten Regeln zu einer doppelten Vaterschaft. Hier beugt § 1600 vor. In solchen Fällen soll der 270. Tag, also der Ablauf von neun Monaten nach Auflösung der ersten Ehe, die Grenze bilden. Das bis zu diesem Tage seit Auflösung der ersten Ehe geborene Kind gilt allemal als Kind des ersten Mannes, das später geborene allemal als Kind des zweiten.

[1]) Den Erzeuger des Kindes rechnet das Kammergericht (Rechtspr. d. O.L.G. Bd. 3 S. 191) nicht zu diesen Interessenten, was Dernburg § 67 Anm. 7 billigt, weil dessen Interesse ein bloß tatsächliches sei. Zweifelhaft bleibt, warum. Unbewußt hat hier wohl die Abneigung gegen schmutzige Aufklärungen mitgewirkt (Nemo de improbitate sua consequitur actionem).

[2]) S. 323.

Die Möglichkeit eines Gegenbeweises nimmt Fischer[1]) ohne weiteres an. Aber ich glaube, gegenüber dem Wortlaute des B.G.B. läßt sich das nicht rechtfertigen. Im § 1600 ist eine feste Grenze gezogen und ein Gegenbeweis nicht in Aussicht genommen.

Außer allen diesen materiellen Rechtsregeln über eheliche Kindschaft gelten nun zahlreiche prozeßrechtliche Eigentümlichkeiten sowohl im allgemeinen für die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der ehelichen Kindschaft zwischen den Parteien als auch insbesondere für die Anfechtungsklage, mit welcher der Mann die Ehelichkeit eines Kindes oder seine erklärte Anerkennung der Ehelichkeit anficht (§§ 640 ff. der revidierten C.P.O.). Diese Regeln sind zum größten Teil den Regeln über Ehesachen nachgebildet, weil eben wie bei Ehesachen auch bei Kindschaftsstreitigkeiten der Gegenstand des Streites der freien Verfügung der Parteien in einem gewissen Umfange entzogen werden soll und darum eine Annäherung an die Offizialmaxime als geboten erscheint.[2])

Es ist vorgeschrieben: Mitwirkung der Staatsanwaltschaft, Notwendigkeit einer Spezialvollmacht für den Vertreter des Klägers, das Recht des Gerichts, das persönliche Erscheinen einer Partei anzuordnen, Zustellung der die Kindschaft verneinenden Urteile von Amtswegen, Unzulässigkeit eines Versäumnisurteils gegen den Verklagten, Ausschließung einer Klagenkumulation, Ausschließung der Widerklage und Ausschluß der Anwendung der Regeln, die über die Wirkung eines Anerkenntnisses oder der Nichterklärung über Tatsachen oder eines gerichtlichen Geständnisses, Erlassung eines Eides u. dgl. m. gelten, — freilich mit den Beschränkungen, die daraus folgen, daß der Ehemann die Ehelichkeit des Kindes jederzeit seinerseits feststellen kann — endlich auch Aufnahme von Beweisen ex officio; das ist die stärkste Annäherung an die Offizialmaxime. Außerdem werden diese Rechtsstreitigkeiten erledigt durch den Tod einer oder der andern Partei. Das Urteil, das bei Lebzeiten der Parteien rechtskräftig wird, wirkt für und gegen alle, inter omnes, nur mit einer vereinzelten Beschränkung. Inländischer Gerichtsstand wird gewährt, auch wenn er

[1]) Handausgabe von Fischer-Henle 2 zu § 1600: „Die Ehelichkeit kann nur insoweit bestritten werden, als es der Ehemann nach §§ 1591 ff. kann." Die abweichende Ansicht Ecks geht wohl über den erkennbaren Zweck des § 1600 hinaus.

[2]) Vgl. hierüber des Herausgebers Schrift: Die Eideszuschiebung in Familienprozessen. Elwert 1890. (Marburger Festgaben für Wetzell S. 25 ff.).

nach den allgemeinen Regeln nicht begründet sein würde, auch für im Ausland befindliche, gegenwärtige oder auch frühere Reichsangehörige. Jedoch gelten, was in der C.P.O. nicht so hervortritt, diese prozeßrechtlichen Besonderheiten nur dann, wenn als Parteien ein parens und ein Kind einander gegenüberstehen. Wenn dagegen auf einer Seite ein Dritter als Partei steht, z. B. ein angeblicher Bruder des Kindes, so liegt eine gewöhnliche Feststellungsklage vor, und es finden die allgemeinen Regeln Anwendung. Dann sind also die Urteile nur unter den Parteien selber wirksam, und es können folgeweise auch widersprechende Urteile von seiten verschiedener Gerichte ergehen. Dagegen sind, nachdem einmal zwischen parens und Kind erkannt ist, solche Sonderprozesse ausgeschlossen.

3. Unterhalts- oder Alimentationspflicht. (§§ 1601—1615.)[1]

§ 66.

Die Alimentationspflicht besteht nur:

1. nach § 1601 zwischen Verwandten in gerader Linie wechselseitig und

2. nach § 1360 zwischen Ehegatten; also nicht mehr zwischen Geschwistern.[2]

Im einzelnen wiederholen sich im großen und ganzen die Regeln des gemeinen und preußischen Rechts, nur mit mehr Bestimmtheit im einzelnen.

Voraussetzung für einen Unterhaltsanspruch ist nach § 1602 auf seiten des Berechtigten, daß er außer stande ist, sich selber zu erhalten, d. h. daß er vermögenslos und auch nicht genügend erwerbsfähig[3]) ist. Nur ein minderjähriges Kind ist nach demselben Paragraphen unterhaltsberechtigt, auch wenn es eigenes Vermögen hat, sobald die Einkünfte dieses eigenen Vermögens und auch der Ertrag seiner Arbeit nicht ausreichen, um es zu erhalten. Bei einem unverheirateten Kinde soll der Stamm seines Vermögens unangetastet bleiben.

---

[1]) Literatur bei Dernburg, Bürg. R. IV § 69 Anm. 1.

[2]) Dernburg, Bürg. R. IV § 69 I S. 226 wendet auf ihre Unterhaltung § 814 an.

[3]) Über Erwerbsfähigkeit von Studenten und Referendarien vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 69 Anm. 7, ebenso daselbst S. 227 über die Verweisung des Bedürftigen „auf eine reiche Heirat".

Auf seiten des Verpflichteten ist erste Voraussetzung eigene Leistungsfähigkeit. Das B.G.B. drückt das in seiner Art eigentümlich in negativer Form aus in § 1603. „Unterhaltspflichtig ist nicht, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer stande ist, ohne Gefährdung seines standesmäßigen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren." Das ist wegen der Beweislast so bestimmt, weil der Verklagte hier diese Negative darzutun hat.[1]) Er ist also nicht verpflichtet, wenn er bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen dazu außer stande ist, etwas abzugeben. Das könnte man für eine Einrede des Notbedarfs halten, die sonst nur bei der Schenkung vorkommt. Nur darf man die Worte „wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außer stande ist" nicht so verstehen, wie es schon geschehen ist, daß der Alimentenschuldner alle seine sonstigen Schulden vorweg abziehen könnte. Das ist keineswegs gemeint. Bei Berücksichtigung heißt nicht unter Abzug, sondern nur unter Veranschlagung des auf andere Verbindlichkeiten zur Zeit notwendig zu zahlenden.[2]) Wenn aber Schulden nicht fällig sind oder nicht beigetrieben werden u. dgl. m., darf sie der Alimentenschuldner nicht in Abzug bringen.

Strenger haften Eltern gegen minderjährige unverheiratete Kinder (§ 1603 Abs. 2). Sie sollen alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalt gleichmäßig anwenden, wenn auch der eigene standesgemäße Unterhalt gefährdet werden sollte. Ehemännliche Nutzungen, etwa am Vermögen der Frau, die Alimentschuldnerin ist, bilden kein Hindernis für die Haftung des Vermögens der Frau (§ 1604). Ebenso steht es mit der elterlichen Nutznießung an Vermögen des gewaltunterworfenen Kindes (§ 1605). Alimentenverpflichtungen gehen diesen Nutzungsrechten vor.

Die Reihenfolge der alimentationspflichtigen Personen ist in den §§ 1606—1608 bestimmt. Wie schon bisher, haften Deszendenten des Bedürftigen vor den Aszendenten. Aber merkwürdigerweise haften mehrere Deszendenten, die alimentationspflichtig sind, nach Maßgabe der Erbfolgeordnung (§ 1606). Diejenigen, die als Erben den Vorzug haben würden, haben auch die Last der Alimentation vorweg zu tragen. Wenn sie miteinander erbberechtigt sein würden, haften sie nach Verhältnis der Erbteile, pro portionibus hereditatis.

[1]) Näheres bei Dernburg, Bürg. R. IV § 69 S. 228.

[2]) Ähnlich Dernburg im Hinweise auf die bisherige Praxis, Bürg. R. IV § 69 S. 228.

Das ist etwas ganz neues. Im gemeinen Recht läßt man mehrere Verpflichtete solidarisch haften. Das preußische Recht bestimmt, daß mehrere Verpflichtete gemeinschaftlich haften nach Verhältnis ihres Vermögens, wobei freilich die Auslegung der Worte streitig ist.[1]) Ob es wirklich ein Gewinn ist, daß nach dem B.G.B. auf die Vermögensverhältnisse gar keine Rücksicht genommen wird, will mir zweifelhaft erscheinen. Man setze z. B., ein bedürftiger Mann habe zum Abkömmling von seinem ältesten vorverstorbenen Sohn einen Enkel und von dem zweiten auch vorverstorbenen Sohn zwei Enkel. Dann tritt hier Haftung in der Art ein, daß der Enkel aus der älteren stirps die Hälfte der Alimente tragen muß, und beide Enkel aus der jüngeren stirps jeder ein Viertel. Auch dann, wenn diese Enkel des jüngeren Stammes beide Millionäre sind und der ältere nur mit Mühe und Not etwas erübrigen kann.[2])

Die näheren Aszendenten haften vor den entfernteren, und mehrere gleich nahe zu gleichen Teilen (§ 1606 Abs. 2). Der Vater haftet vor der Mutter, außer wenn die Mutter selber die Nutznießung am Kindesvermögen hat.

An Stelle eines wegen Unvermögens nicht haftenden Verwandten tritt der nächste; ebenso an Stelle eines im Inlande nicht verfolgbaren Alimentenschuldners wiederum der nächste. Jedoch soll der Anspruch gegen den ausländischen Alimentenschuldner, der nicht belangt werden kann,[3]) auf den an seiner Stelle haftenden inländischen übergehen (§ 1607).

Der Ehegatte des Bedürftigen haftet noch vor dessen Verwandten auf Alimente, außer wenn er die Einrede des Notbedarfs hat (§ 1608). Wenn mehrere Bedürftige vorhanden sind und ein Alimentenschuldner außer stande ist, diese alle zu ernähren, so gehen unter mehreren be-

[1]) § 20 A.L.R. II, 2; Dernburg, Preuß. P. R. III § 45 Anm. 37, Bürg. R. IV § 69 Anm. 14.

[2]) Dernburg, Bürg. R. IV § 69 nimmt an, daß nach § 1607 Abs. 1 die Haftung zu gleichen Teilen sich auf Fälle beschränke, in welchen die Mitverpflichteten leistungsfähig und im Inlande erreichbar sind. Auch wenn man dem beitritt, so werden die Bedenken Ecks nicht völlig beseitigt.

[3]) Das Gesetz drückt sich nicht ganz klar aus, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 69 Anm. 15, und hierzu Entsch. des R.G. Bd. 52 Nr. 52 S. 194 ff. Nach ihr ist der vom Gesetze angeordnete Eintritt der nachstehenden Verwandten in entsprechender Weise auch auf nebenstehende Verwandte auszudehnen, so daß man ebensowohl von einer Akkreszenz wie von einer Sukzession der Unterhaltspflicht reden kann.

dürftigen Alimentengläubigern die Abkömmlinge den Verwandten in aufsteigender Linie vor (§ 1609).

Der Umfang der Alimente wird nach dem standesmäßigen Unterhalt des Bedürftigen bestimmt (§ 1610).[1] Das geht ziemlich weit. Nur nach der Lebensstellung des Bedürftigen selber ist der Umfang der zu prästierenden Alimente zu bemessen.[2] Z. B. braucht nicht etwa jemand auch die Frau des bedürftigen Sohnes zu alimentieren. Es ist da an einen berühmten Fall zu erinnern. Ein Arzt hatte die Schwiegertochter eines reichen Mannes behandelt, und dann, da der Mann unvermögend war, gegen den Schwiegervater auf Ersatz der Unkosten geklagt. Er wurde nach preußischem Recht abgewiesen, weil der Schwiegervater zwar seine Kinder, aber nicht seine Schwiegerkinder zu ernähren habe. Dernburg[3] tadelt dies und sagt, ein verständiges Ermessen werde im konkreten Falle immer das richtige finden. Das ist etwas unbestimmt. Das B.G.B. wollte diese Kontroverse erledigen und gewährte nur dem Bedürftigen selber den Anspruch.

Wer durch sittliches Verschulden bedürftig geworden ist, kann nicht einen standesmäßigen Unterhalt verlangen, sondern nur einen notdürftigen (§ 1611). Dieselbe Beschränkung trifft auch den Pflichtteilsberechtigten, der sich einer Verfehlung schuldig gemacht hat, die den Unterhaltsschuldner berechtigen würde, ihm den Pflichtteil zu entziehen (§ 1611 Abs. 2).

Durch sittliches Verschulden, also durch Trunk, Spiel oder dgl. m. kann man den Alimentenanspruch nicht ganz verwirken, sondern ihn nur herunterseten, von einem auf standesmäßigen Unterhalt gerichteten auf einen auf notdürftigen Unterhalt gehenden. Auch die schlechteste Behandlung, die ein Verwandter dem andern zu teil werden läßt, befreit diesen nicht völlig von der Alimentationspflicht. Das weicht vom gemeinen Recht ab. Der Sohn, der sich am Vater vergriffen hat, der der Mutter Gift gereicht hat, behält immer noch den Anspruch auf notdürftigen Unterhalt. Das ist einigermaßen auffallend gegenüber der Tatsache, daß der verletzte Verwandte dem Verletzer den

[1] Auch die Unterhaltspflichten des älteren Rechts werden vom B.G.B. erfaßt, da diese Pflichten sich „fort und fort erneuern". So das R.G. Entsch. Bd. 49 Nr. 37 S. 157.

[2] Über Doktorgelder u. dgl. vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 70 Anm. 3.

[3] Lehrb. des preuß. Privatrechts Bd. III § 45 Anm. 33, Bürg. R. IV § 70 Anm. 2.

Pflichtteil entziehen kann. Von Todes wegen braucht er ihm nichts zu hinterlassen, aber bei Lebzeiten muß er sich einschränken, um diesen pflichtvergessenen Abkömmling zu ernähren. Man könnte eher meinen, daß jemand in solchem Falle verpflichtet bliebe, einem andern auch von Todes wegen etwas zu hinterlassen. Dadurch würde er viel weniger bedrückt.

Die Alimentation ist durch Entrichtung einer Geldrente zu gewähren (§ 1612). Wie man wohl sagt, es sind uneigentliche Alimente, nicht Reichnisse in Natur, sondern in Geld. Die Geldrente ist vierteljährlich im Voraus zu zahlen (§ 760).[1]) Auch das ist lebhaft getadelt worden, daß die Alimentation von Verwandten durch Geld erfolgen solle. Der Verwandte könne das Geld leicht durchbringen und bald wieder in Not geraten. Natürlich läßt sich auch für die Vorschriften des B.G.B. manches anführen.

Für die Vergangenheit sind Alimente grundsätzlich nicht zu zahlen nach dem bekannten Sprichwort: „In praeteritum non vivitur." Nur ausnahmsweise, wenn nämlich der Alimentenschuldner in Verzug gekommen war, muß er auch für die inzwischen vergangene Zeit Alimente nachzahlen (§ 1613). Für die Zukunft kann der Anspruch auf Alimentation nicht einmal durch Verzicht verloren gehen (§ 1614). Das ist mit Rücksicht auf die Armenpflege bestimmt. Der Alimentationsberechtigte soll sich nicht durch Verzicht arm machen können, und dann von der Stadtgemeinde und dem Armenvorstand Alimente begehren.

Die Unterhaltspflicht erlischt beim Tode eines Teils, auch beim Tode des Verpflichteten (§ 1615). Das kann natürlich unter Umständen sehr hart werden. Wenn der bedürftige Großvater beim Enkel wohnt, der Enkel stirbt und von einem halbbürtigen Bruder beerbt wird, der nicht zugleich Abkömmling des Großvaters ist, so hat der Großvater seinen Alimentenanspruch völlig verloren. Der halbbürtige Bruder, der näherer Erbe ist als der Großvater, streicht die Erbschaft ein. Man muß fragen, ob nicht eine gewisse Vererblichkeit des Alimentenanspruchs erwünscht gewesen wäre.

Beim Tode des Alimentationsberechtigten tritt an Stelle der Unterhaltspflicht, die erlischt, wie man gesagt hat, die Zwillingsschwester der Unterhaltspflicht, die Beerdigungspflicht, wenn nicht die Bezahlung der Kosten von den Erben zu verlangen ist (§ 1615 Abs. 2).

[1]) Für eine sachgemäße Beschränkung dieser Regel Dernburg, Bürg. R. IV § 70 S. 232 Anm. 7.

4. Rechtsstellung ehelicher Kinder.

§ 67.

Die Rechtsstellung ehelicher Kinder schließt sich im großen und ganzen an das bisherige Recht an mit gewissen Abweichungen, die besonders hervorgehoben werden. Die wichtigste ist, daß es fortan nicht mehr bloß eine väterliche Gewalt geben soll, sondern eine elterliche Gewalt, und daß diese auch der Mutter zustehen kann. Das ist die Hauptneuerung (§§ 1616—1698).

1. Das elterliche Verhältnis hat schon als solches gewisse Wirkungen. Das Kind bekommt den Familiennamen des Vaters (§ 1616), ob auch den Stand, sagt das B.G.B. nicht; denn der Stand ist öffentlichen Rechts, und darüber will das B.G.B. nichts bestimmen. Natürlich geht aber auch der Stand des Vaters auf das Kind über.[1])

Eine Aussteuerpflicht der Eltern ist anerkannt gegenüber einer Tochter, die heiratet und nicht genügend eigenes Vermögen hat (§§ 1620—1625).[2])

Aussteuerpflicht ist nicht Ausstattungspflicht, das B.G.B. trennt beide Begriffe. Eine Aussteuerpflicht ist manchem Recht völlig fremd. Im Pr. A.L.R. ist sie wenigstens nicht erzwingbar.[3]) Das B.G.B. schließt sich dem gemeinen Recht an und statuiert diese Dotationspflicht[4]) aus dem Gedanken heraus, daß dadurch die Bildung von Hauswesen gefördert werde. Eine Petition, die der Bund deutscher Frauenvereine an den Reichstag richtete, forderte die Abschaffung dieser Begünstigung der heiratenden Tochter mit der sonderbaren Begründung, es sei für die heiratende Tochter garnicht gut, wenn sie Vermögen mitbekomme, es sei besser, wenn sie sich zunächst einschränken müsse. Das seien die glücklichsten Ehen, die aus Knappheit hervorgegangen seien. Diese Petition ist indessen nicht berücksichtigt worden.

Verweigern dürfen die Eltern die Aussteuer nur dann, wenn die Tochter ohne die erforderliche Einwilligung geheiratet hat, oder wenn ihr der Pflichtteil von den Eltern entzogen werden könnte (§ 1621).

---

[1]) Ebenso Dernburg, Bürg. R. IV § 71 S. 235.

[2]) Literatur bei Dernburg, Bürg. R. IV § 72 Anm. 3 S. 237. Unter den „Eltern" ist hier zunächst der Vater und nur in zweiter Linie die Mutter zu verstehen, § 1620.

[3]) §§ 233, 237 ff. A.L.R. II, 2.

[4]) D. h. eine abgeschwächte Nachbildung der römischen Dotationspflicht.

Wenn die Tochter zwar wider den Willen des Vaters geheiratet hat, aber die väterliche Einwilligung vom Vormundschaftsgericht sich hat ersetzen lassen, muß der Vater ihr doch eine Aussteuer geben; denn dann hat sie ja nicht ohne die erforderliche elterliche Einwilligung geheiratet.

Der Umfang der Aussteuer begreift das für die Einrichtung des Haushalts Angemessene. Der Anspruch ist nicht übertragbar und verjährt in einem Jahre, von der Heirat der Tochter ab gerechnet (§ 1623).[1])

Von dieser Aussteuer ist aber die Ausstattung verschieden (§ 1624). „Was einem Kinde mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung von dem Vater oder der Mutter zugewendet wird (Ausstattung)." M. a. W. die Ausstattung ist das, was bei Absonderung des Kindes vom elterlichen Haushalt zur Begründung seiner Selbständigkeit gewährt wird.

Eine Rechtspflicht auf eine solche Ausstattung kennt das B.G.B. nicht, immerhin aber doch eine sittliche Pflicht (§ 1624).

Die praktische Konsequenz ist die, daß in der Gewährung einer Ausstattung keine Schenkung liegt, ausgenommen soweit als sie über die Verhältnisse der Eltern hinausgeht, „das dem Vermögensverhältnis der Eltern entsprechende Maß übersteigt."[2])

2. Gewisse Rechtswirkungen knüpfen sich daran, daß das Kind zum elterlichen Hausstand gehört (§§ 1617—1619). Das sind auch Wirkungen, die nicht bloß bei der Minderjährigkeit des Kindes festgesetzt sind. So lange das Kind von den Eltern erzogen und unterhalten wird, muß es den Eltern im Hauswesen und im Geschäft Dienste leisten (§ 1617).

Wenn ein volljähriges Kind aus seinem Vermögen zu den Hausstandskosten etwas aufwendet oder hergibt, hat es im Zweifel keinen Ersatzanspruch. Es wird eben auf eine Anstandspflicht des Kindes

---

[1]) Das Reichsgericht läßt ihn unter Umständen auch schon vor der Heirat als Gegenstand einer Feststellungsklage zu. Entsch. Bd. 49 Nr. 91 S. 372.

[2]) Eine derartige Schenkung kann auch mit einer Gutsüberlassung verbunden sein, Entsch. d. R.G. Bd. 54 Nr. 32 S. 111. Dabei wird aber wohl vorausgesetzt, daß die zu gewährende Ausstattung nicht eine Gegenleistung für das überlassene Gut sein soll. Über die Ausstattung durch dritte Personen vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 72 Anm. 10.

zurückgeführt, wenn es im väterlichen Haushalt lebt, dazu auch etwas beizutragen (§ 1618).

Wenn das Kind freilich sein Vermögen dem Vater zur Verwaltung überlassen hat, kann der Vater die Einkünfte nach freiem Ermessen verwenden (§ 1619). Es liegt also nicht ein Kontraktverhältnis vor, sondern ein familienrechtliches Verhältnis.

3. Die weiteren Wirkungen, die sich mit der väterlichen oder elterlichen Gewalt verknüpfen, die aber immer nur bis zur Volljährigkeit des Kindes dauert, sind in den §§ 1626—1698 sehr detailliert bestimmt. Um den Grundgedanken vorweg zu betonen: Nach gemeinem und preußischem Recht hat der Vater, indem ihm zugleich die väterliche Gewalt zusteht, nicht bloß während der Minderjährigkeit eines Kindes die Stellung eines Vormundes, sondern er hat bis zum Erlöschen der väterlichen Gewalt also auch trotz der eingetretenen Volljährigkeit des Kindes, ein selbständiges Nutzungsrecht an dessen Vermögen. Das ist ein stehengebliebener Rest des römischen Rechts, ein Rest von dem eigennützigen Charakter der patria potestas, als eines dem Vater zu Gute kommenden nutzbaren Rechtes.

Demgegenüber haben bereits das französische Gesetz und das badische Landrecht diesen Rest der römischen patria potestas erheblich abgeschwächt. Diesem Beispiele hat sich das B.G.B. angeschlossen. Die väterliche Gewalt ist ihm im wesentlichen eine Art vormundschaftlicher Gewalt und nur in Einzelheiten von einer solchen verschieden. Einmal hat der Vater eine freiere Stellung in der Verwaltung als der Vormund, also insbesondere wird keine fortlaufende Kontrolle vom Gericht geübt (vgl. jedoch die von der Reichstagskommission in § 1640 eingefügte Durchlöcherung dieses Grundsatzes weiter unten).

Sodann zeichnet sich die väterliche Gewalt auch dadurch aus, daß sie anders als die rein vormundschaftliche, mit einer Nutznießung am Vermögen des Kindes verbunden ist.

Diese Nutznießung soll eine familienrechtliche Befugnis sein im Gegensatz zum Nießbrauch als jus in re aliena.

Andrerseits sind diese beiden Rechte auf die freiere Verwaltung über das Kindesvermögen und die Nutznießung den Eltern nur bis zum Ablauf der Minderjährigkeit gegeben, also insbesondere auch bei fortgesetzter Hausgemeinschaft.

Eine schon berührte Abweichung vom gemeinen Recht ist, daß die Gewalt nirgends mehr väterliche heißt, sondern immer elterliche. Sie

steht darum Vater und Mutter gemeinsam zu, freilich bei Lebzeiten beider Eltern der Mutter nur ausnahmsweise (§ 1684).[1]) Was den Inhalt der elterlichen Gewalt betrifft, so umfaßt dieselbe zweierlei:

a) die Sorge für die Person und für das Vermögen des Kindes (§ 1627);[2])

b) eine Vertretung des Kindes bei Rechtsgeschäften, eine Vertretungsmacht, die aber ebenso wie beim Vormund aus bestimmten Gründen ausgeschlossen ist (§ 1630).

Neben dem Vater hat während der Ehe auch die Mutter die elterliche Gewalt (§ 1634).[3]) Aber doch nur die Sorge für die Person des Kindes, nicht auch für sein Vermögen und nicht die Vertretung des Kindes.

Da diese Befugnisse getrennt sind und, wie das in gewissen Fällen nach dem B.G.B. vorkommt, verschiedenen Personen zustehen, so wird es wohl in der Praxis recht schwer sein, zu unterscheiden, wie weit die Sorge für die Person und wie weit die Vertretung des Kindes reicht. Daraus können sich erhebliche Streitigkeiten entwickeln, die freilich immer das Vormundschaftsgericht als deus ex machina zu lösen haben wird. Aus der Sorge für die Person des Kindes folgt das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen (§ 1631),[4]) auch das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es dem Inhaber der Gewalt widerrechtlich vorenthält (§ 1632). Das ist das römische interdictum de liberis exhibendis. Zur Erziehung des Kindes gehört, obwohl das nicht ausgesprochen ist, doch wohl auch Ausbildung und Bestimmung zu einem Beruf. Diese wird ebenfalls der Gewalt-

---

[1]) Weil die Mutter immer nur in eine Lücke der väterlichen Gewalt mit ihrer Gewalt hineintritt (§ 1684), ist der von Eck gewählte Ausdruck der Gemeinsamkeit der Gewalt nicht unanfechtbar. Was die Gatten neben einander an Rechten gegenüber dem Kinde haben, so ist es nicht unbedenklich, beides als elterliche Gewalt zu bezeichnen. Dies tut freilich auch Dernburg, Bürg. R. IV § 73 S. 241, der von der mütterlichen Nebengewalt neben der Hauptgewalt des Vaters redet. Literatur über die elterliche Gewalt s. bei Dernburg, Bürg. R. IV § 73 Anm. 1.

[2]) Vernachlässigt ein Vater seine Aufsichtspflicht nach § 1627, sodaß das Kind von der Straßenbahn überfahren wird, so wird dadurch die Haftung der Bahn nicht ausgeschlossen, Entsch. d. R.G. Bd. 53 Nr. 79 S. 312.

[3]) Siehe oben Anm. 1.

[4]) Über die entsprechende Anwendung auf Lehrherren, Entsch. d. R.G. Bd. 52 Nr. 18 S. 69 ff.

haber zu treffen haben. Sobald der Vater einen Mißbrauch mit seinem Bestimmungsrechte treibt, kann das Vormundschaftsgericht angerufen werden (§ 1666). Ein Mißbrauch würde auch wohl darin zu finden sein, wenn ein Vater sein Kind zu einem Berufe zwingen will, zu dem das Kind keine Neigung und keine Befähigung besäße.

Nichts bestimmt das B.G.B. auffallenderweise über die religiöse Erziehung des Kindes. Das hat man aus Rücksicht auf die Verschiedenheit der Konfession unterlassen. Art. 134 des Einführungsgesetzes sagt, daß darin die Sonderrechte maßgebend bleiben, die bekanntlich jetzt den verschiedensten Zweifeln Tür und Tor offen lassen.[1])

Nur bei einer verheirateten Tochter, über welche die Gewalt ja noch fortdauern kann, beschränkt sich die Sorge des Gewalthabers für ihre Person auf die Vertretung der Tochter in den ihre Person betreffenden Angelegenheiten (§ 1633). Im übrigen soll, wie die Motive sagen, für die Person der verheirateten Frau der Mann sorgen. Der Mann sorgt also für die Person der Frau, aber der Vater hat sie in den ihre Person betreffenden Angelegenheiten zu vertreten. Das kann zwischen Mann und Vater erhebliche Konflikte geben.

Besondere Bestimmungen sind noch für die Scheidung der Ehe getroffen (§§ 1635—1637).[2]) Die Sorge für die Person des Kindes steht, wenn ein Ehegatte allein für schuldig erklärt ist, dem andren Ehegatten zu. Sind aber beide Gatten für schuldig erklärt, dann hat der Vater die Sorge für einen Sohn vom 6. Lebensjahre ab, vorher und für eine Tochter dauernd hat die Mutter zu sorgen (§ 1635). Der Vater behält trotzdem das Recht zur Vertretung des Kindes (§ 1635 Abs. 2).

Wenn der Vater z. B. für die Tochter, die sich bei der Mutter befindet, einen Dienstvertrag abschließt, weil er die Vertretung in Rechtsgeschäften hat, und die Mutter, welche die Sorge für die Person der Tochter hat, bestimmt, daß sie ihren Aufenthalt bei ihr nehmen soll, so haben wir den allerschönsten Konflikt. Das Vormundschaftsgericht wird zu entscheiden haben, welches der beiden Rechte schwerer wiegt.[3])

---

[1]) Näheres hierüber s. bei Dernburg, Bürg. R. IV § 75 S. 247.

[2]) Auf geschiedene Ehen des älteren Rechts bezieht sich Art. 206 E.G., auf nichtige Art. 207, vgl. Entsch. d. RG. Bd. 46 Nr. 44 S. 169, Bd. 52 Nr. 65 S. 247.

[3]) Es geht hier der vom Vater abgeschlossene Vertrag vor. In der mütterlichen Sorge liegt kein Befehlsrecht hinsichtlich des Aufenthaltsortes, das gültige Vertragspflichten durchkreuzen könnte.

Über die Vermögensverwaltung kraft elterlicher Gewalt sind eine Menge von Vorschriften getroffen, durch deren erschöpfende Erörterung ein zusammenfassendes Bild nicht gegeben werden kann.

Die Vermögensverwaltung kraft elterlicher Gewalt umfaßt durchaus nicht immer das ganze Kindesvermögen, sondern kann durch Verfügung eines Erblassers oder eines Schenkers, die dem Kinde etwas zugewendet haben, ausgeschlossen sein (§ 1638). Es können von diesen auch bestimmte Vorschriften gegeben werden, an welche die Eltern trotz ihrer elterlichen Gewalt bei der Verwaltung des Vermögens des Kindes gebunden sind (§ 1639).

Aber auch abgesehen von solchen besonderen, die Eltern bindenden oder ausschließenden Vorschriften ist der Vater als Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem B.G.B. nicht so freigestellt, wie man es nach der Idee der elterlichen Gewalt erwarten sollte.

Es sind eine Anzahl Vorschriften gegeben, welche ihn mehr oder minder beschränken (§§ 1640—1648).

Bei weitem die wichtigste ist § 1640, den erst der Reichstag hineingebracht hat. Hier ist bestimmt, daß der Vater von dem seiner Verwaltung unterliegenden Vermögen des Kindes, welches beim Tode der Mutter vorhanden ist, oder dem Kinde später zufällt, ein Verzeichnis, nachdem er es mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit versehen hat, dem Vormundschaftsgericht einzureichen hat. Nur bei Haushaltungsgegenständen genügt die Angabe des Gesamtwertes. Aber wenn das eingereichte Verzeichnis ungenügend ist,[1]) kann das Vormundschaftsgericht verlangen, daß es amtlich durch eine zuständige Behörde oder einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen werde.

Nur dadurch ist eine Vereinfachung möglich, daß die Mutter durch letztwillige Verfügung bestimmt, daß das infolge ihres Todes dem Kinde zufallende Vermögen nicht inventarisiert zu werden braucht. Dann wird dem Vater diese Last abgenommen, aber, wohlverstanden, auch nur für das infolge des Todes der Mutter dem Kinde zufallende Vermögen.

Man erwäge, welche Belästigungen für den Vater und schließlich auch für das Vormundschaftsgericht daraus hervorgeht! Die Reichstags-

[1]) Dernburg, Bürg. R. IV § 78 S. 255 hebt hervor, daß dieser Mangel bei äußerlich tadellosen Verzeichnissen schwer erkennbar sein werde.

kommission, die diese Bestimmung aufgenommen hat, motiviert sie mit Gründen, die m. E. wenig durchgreifend sind.[1]) Im Bericht der Reichstagskommission S. 147 heißt es, der betreffende Antrag werde durch die große Unklarheit, welche jetzt über die Vermögensverhältnisse nach dem Tode der Mutter zu herrschen pflegen, begründet. Lege man aber dem Vater die Pflicht auf, ein Verzeichnis anzufertigen, dann verhindere man ihn, auf Grund solcher Unklarheiten mit dem Vermögen in einer dem Kinde nachteiligen Weise zu wirtschaften. Nachher heißt es sogar, die Annahme dieses Zusatzes werde den redlichen Eltern sehr angenehm sein, weil sie dadurch von vorne herein in die Lage versetzt würden, sich einen Beweis ihrer pflichtgemäßen Verwaltung zu verschaffen.

Wenn z. B. eine Mutter stirbt und fünf Kinder hinterläßt, so muß der Vater für jedes Kind inventarisieren und alles, was eines der fünf Kinder später hinzuerwirbt, also alles, was der Vater den Kindern schenkt, oder für sie anschafft, neue Kleidungsstücke, Schulbücher usw., muß einzeln inventarisiert und dem Gericht eingereicht werden. Damit schließlich das Inventar nachher vollständig und zuverlässig sei, muß auch immer wieder hinzugefügt werden, was inzwischen von den aufgeführten Gegenständen abgegangen ist. Ich meine, es wird dem Vater gar nicht sehr angenehm sein, daß man ihm diese Verpflichtung auferlegt.

Für das Vormundschaftsgericht muß natürlich eine Anschwellung der Akten daraus hervorgehen, die wahrhaft unerträglich ist.

Man wird wohl erwarten dürfen, daß ein Ehemann, der von diesen Rechtssätzen Kenntnis hat, die Frau sehr bald bestimmen wird, ihn in ihrer letztwilligen Verfügung von einer solchen vollständigen Inventarisierung zu dispensieren. Jedenfalls sind dem Ehemanne dadurch sehr enge Schranken gezogen.

Wenn umgekehrt der Vater gestorben ist, und die Mutter überlebt, so ist diese Verpflichtung noch verschärft. Dann muß der Beistand, den die Mutter bekommt, zu alledem mitwirken.

In § 1641 ist ein Schenkungsverbot ausgesprochen. Der Vater kann nicht in Vertretung des Kindes Schenkungen machen, ausgenommen diejenigen, die durch eine sittliche Pflicht oder eine Anstandsrücksicht geboten sind. Die Gelder des Kindes muß er wie Mündel-

[1]) Litteratur bei Dernburg, Bürg. R. IV § 77 Anm. 1.

gelder anlegen (§ 1642).[1]) Bei Rechtsgeschäften für das Kind ist er an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden[2]) ebensoweit wie ein Vormund an diese Genehmigung gebunden sein würde (§ 1643).[3]) Das geht zum Teil ziemlich weit. Es sind mehrere Fälle aus der Lehre von der Vormundschaft bestimmt, die alle hier ebenso Platz greifen sollen.[4]) Der Vater muß die Genehmigung des Gerichts einholen z. B. bei der Vermietung oder Verpachtung einer dem Mündel gehörenden Sache auf länger als ein Jahr.

Gegenstände, die nicht ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts veräußert werden können, darf der Vater auch nicht dem Kinde zur Leistung an einen Dritten überlassen, um dadurch ein dem Dritten gegebenes Versprechen zu erfüllen (§ 1644).[5])

Bewegliche Sachen, die mit den Mitteln des Kindes vom Vater erworben werden, werden ohne weiteres Eigentum des Kindes (§ 1646). Also es gilt da wieder das Surrogationsprinzip: was mit den Mitteln des Kindes erworben wird, fukzediert in locum pretii.

Die Vermögensverwaltung des Vaters endigt bei Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen (§ 1647). Aber nur die Vermögensverwaltung endigt, also nicht, wie nach preußischem Recht, das gesamte Recht der elterlichen Gewalt oder das gesamte Recht des Gewalthabers am Kindesvermögen. Denn das Nutzungsrecht fällt nach dem B.G.B. gar nicht in die Konkursmasse. Darum verbleibt es dem Vater während der Dauer des Konkurses.

Nach Beendigung des Konkurses kann auch die Verwaltung des Kindesvermögens dem Vater wieder übertragen werden (§ 1647). Hier ist also die Vermögensverwaltung getrennt von der sonstigen Nutz-

[1]) Auf den Namen des Kindes, Dernburg, Bürg. R. IV § 78 Anm. 5.

[2]) Dagegen ist er von der Genehmigung frei, deren ein Vormund von seiten eines Gegenvormunds bedarf, weil ein solcher neben dem Vater nicht ernannt wird, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 78 III S. 257.

[3]) mit einigen Ausnahmen, Dernburg, Bürg. R. IV § 78 III S. 257.

[4]) Eine Übersicht bei Dernburg, Bürg. R. IV S. 258. Zu den Geschäften des Vaters oder Vormunds, die der Genehmigung des Gerichts bedürfen, rechnet das Reichsgericht (Entsch. Bd. 51 Nr. 8 S. 35) jeden Gesellschaftsvertrag, an dem Minderjährige beteiligt sind, dagegen nicht eine Vereinbarung über die Art der Liquidation einer Handelsgesellschaft, auch nicht einen Vertrag, durch welchen eine schiedsrichterliche Entscheidung der in Bezug auf die Liquidation etwa entstehenden Streitigkeiten vorgesehen wird.

[5]) Darin liegt ein Mißbrauch des Einflusses, den er auf das Kind hat.

nießung, die ebenfalls in der elterlichen Gewalt liegt. Die Nutznießung verbleibt dem Vater. Sie geht ja dem Kinde nicht verloren, weil sie nicht in die Konkursmasse fällt.

Außer der Vermögensverwaltung hat der Gewalthaber die Nutznießung am Kindesvermögen (§ 1649), gerade wie im gemeinen Recht an den bona adventicia der usus fructus paternus besteht, und nach preußischem Recht am unfreien Vermögen des Kindes.

Etwaige Streitigkeiten sind vom Vormundschaftsgericht zu entscheiden.

Von dieser Nutznießung des Vaters als Inhabers der elterlichen Gewalt ist aber, wie schon im bisherigen Recht, das sog. freie Vermögen ausgenommen (§§ 1650, 1651). Freies Vermögen ist wie im preußischen Recht:

a) alles was ausschließlich zum persönlichen Gebrauch des Kindes bestimmt ist, also besonders Kleider, Schmuck und Arbeitsgeräte,

b) was das Kind durch seine Arbeit oder den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes erwirbt; natürlich außerhalb des väterlichen Erwerbsgeschäftes, in dem es zu Diensten verpflichtet ist. Das entspricht also den gemeinrechtlichen bona castrensia oder quasi castrensia.

c) Freies Vermögen ist endlich, was der Erblasser oder Schenker der väterlichen Nutznießung entzogen hat. Das sind gemeinrechtlich bona adventicia irregularia.

Bei allen diesen Vermögensmassen gilt nach § 1651 Abs. 2 das Surrogationsprinzip. Das liegt in der Verweisung auf § 1638 Abs. 2.

Man könnte nun allerlei Bestimmungen vermissen, die sich im preußischen Recht finden; z. B. über Patengeschenke.[1]) Diese waren nach preußischem Landrechte nicht freies Vermögen. Das B.G.B. schweigt darüber. Es wird darauf ankommen, ob die Patengeschenke zum ausschließlichen Gebrauch des Kindes bestimmt sind, dann sind sie freies Vermögen, andernfalls sind sie unfreies Vermögen.

Am freien Vermögen ist die väterliche Nutzung ausgeschlossen, dagegen nicht auch die väterliche Verwaltung. Also bedeutet freies Vermögen nur Freiheit von der Nutzung des Vaters und nicht etwa Freiheit der Verfügung für das Kind. Das Kind kann über das freie Vermögen durchaus nicht frei verfügen, es kann nicht einmal ein Taschengeld daraus fordern.

[1]) § 157 A.L.R. II, 2.

Hiernach ist das freie Vermögen des Kindes durchaus nicht auf eine Linie zu stellen mit dem Vorbehaltsgut einer Ehefrau, woran sie ja Verwaltung und worüber sie Verfügung hat.

Abgesehen von diesem Ausnahmeverhältnis des freien Vermögens erwirbt der Vater die Nutzung wie ein Nießbraucher (§ 1652).[1]) Von der Substanz darf er für sich veräußern oder verbrauchen nur verbrauchbare Sachen[2]) und Gelder mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes. Aber auch für solche rechtsmäßig verbrauchte Sachen wird er ersatzpflichtig nach Beendigung seiner Nutzung (§ 1653 und § 1659 Abs. 2).

Bei diesen Gegenständen steigert sich hiernach die elterliche Nutznießung in der Art eines uneigentlichen Nießbrauchers oder eines Dispositionsnießbrauches.[3])

Der Vater trägt auch die Lasten des seiner Nutznießung unterliegenden Vermögens (§ 1654). Wenn dem Vater die Verwaltung entzogen ist, z. B. durch eine Verfügung des Erblassers oder, weil er sich in Konkurs befindet, aber ihm damit nicht auch zugleich die Nutznießung entzogen ist, so kann er die Nutznießung, die ihm verblieben ist, nicht selbst ausüben, sondern er kann nur Herausgabe der Nutzung von dem Verwalter fordern (1656). Verbindlichkeiten gegenüber dem Kindesvermögen muß er dann nicht erst nach Beendigung der Nutznießung, sondern sofort zu Händen des Verwalters erfüllen (§ 1657).

Das Nutzungsrecht des Vaters ist nicht übertragbar und darum auch nicht pfändbar (§ 1658). § 1 Abs. 4 der Konkursordnung bestimmt hiernach, daß es nicht zur Konkursmasse des Vaters gehört.

Dagegen verhindert die väterliche Nutzung nicht etwa die Gläubiger des Kindes, aus dessen Vermögen Befriedigung zu suchen, und zwar können sie es ohne alle Rücksicht auf die väterliche Nutznießung (§ 1659). Anders ausgedrückt: die Gläubiger des Kindes brauchen sich nicht erst an das freie Vermögen des Kindes zu halten, sondern können direkt auf das unfreie Vermögen greifen, auch wenn das dem Vater sehr unbequem ist.

---

[1]) Von dem Einflusse der Neuregelung dieses Nutzungsrechts auf Konkurse handelt die Entscheidung des Reichsgerichts Bd. 48 Nr. 42 S. 194.

[2]) die aber nicht etwa in einen uneigentlichen Nießbrauch hineinfallen. Dernburg, Bürg. R. IV § 79 S. 283.

[3]) Vgl. oben S. 225. Über elterliche Verpachtungsrechte vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 79 Anm. 6.

Im Verhältnis zwischen Vater und Kind d. h. bei der Auseinandersetzung zwischen diesen, gelten für die Verbindlichkeiten des Kindes dieselben Regeln wie für die Verbindlichkeiten der Frau beim gesetzlichen Güterstand der ehemännlichen Nutznießung (§ 1660).[1]) Wenn also der Vater Schulden des Kindes aus eigenen Mitteln bezahlt hat, kann er aus dem unfreien Vermögen des Kindes Ersatz begehren; und umgekehrt, wenn er mit den Mitteln des Kindes eigene Schulden bezahlt hat, ist er dem Kindesvermögen gegenüber ersatzpflichtig.

Die Nutznießung des Vaters endigt grundsätzlich erst mit dem Ende der väterlichen Gewalt, namentlich also mit der Volljährigkeit des Kindes, ausnahmsweise aber auch schon vorher; nämlich nach § 1661 schon mit der Heirat des Kindes; genauer mit der Heirat einer Tochter, denn der Sohn kann nicht heiraten, wenn er nicht volljährig ist. Vorher muß die väterliche Gewalt schon mit der Volljährigkeit zu Ende gegangen sein.

Mit der Verheiratung der Tochter erlischt die Nutznießung des Vaters auch ohne Endigung der väterlichen Gewalt, ausgenommen wenn die Tochter ohne die erforderliche elterliche Einwilligung geheiratet hat. Dann soll die Nutznießung dem Vater verbleiben.

Der Vater kann auf die Nutznießung durch Erklärung gegenüber dem Vormundschaftsgericht (§ 1662) verzichten.[2]) Dagegen ist die Heirat der Tochter und der Verzicht des Vaters kein Grund für Beendigung der väterlichen Gewalt überhaupt, nur seine Nutznießung erlischt durch diese beiden Gründe. Es gibt also nach dem B.G.B. keine freiwillige Emanzipation. Das ist ja auch nur folgerichtig, da die elterliche Gewalt nicht ein reines Recht des Vaters ist, sondern zugleich eine Pflicht. Im Pr. A.L.R. ist ja diese freiwillige Emanzipation noch erwähnt, aber auch fast obsolet. Daher kommt im B.G.B.[3]) die sog. emancipatio Saxonica nicht vor, die Emanzipation durch Einrichtung eines eigenen Haushalts durch das Kind. Auch diese ist als Erlöschungsgrund der väterlichen Gewalt veraltet. Ein volljähriges Kind, das jetzt durch die institutio separatae oeconomiae selbständig wird, ist künftig gar nicht mehr in der väterlichen Gewalt. Es ist schon als solches gewaltfrei.

---

[1]) Cosack spricht von „Verwaltungsgemeinschaft". Dagegen Dernburg, Bürg. R. § 80 Anm. 1. Der Name tut wohl nichts zur Sache.

[2]) Nur auf das ganze Nießbrauchsrecht, nicht auf die Nutzung an einzelnen Stücken, Planck Anm. 1 zu § 1662; Dernburg, Bürg. R. IV § 79 Anm. 9.

[3]) §§ 214 ff. A.L.R. II, 2.

Bei Ausübung der väterlichen Gewalt haftet der Vater nur für diligentiam, quam suis rebus adhibere solet (§ 1664), also weniger streng als der Vormund. Hier bricht der alte Gedanke durch, daß der Vater eine freiere Stellung haben soll, als der Vormund.

Der Aufsicht des Gerichtes ist der Vater nur ausnahmsweise unterworfen (§§ 1665—1675).

Solche Aufsicht des Gerichts tritt ein:

a) Bei Verhinderung des Vaters ist zwar zunächst und in der Regel die Mutter zur Ausübung der elterlichen Gewalt berufen, aber insofern die elterliche Gewalt dann nicht von der Mutter ausgeübt wird, hat das Vormundschaftsgericht die im Interesse des Kindes erforderlichen Maßregeln zu treffen (§ 1665). Das ist sehr dehnbar. Es können da sehr verschiedene Anordnungen getroffen werden.

b) Bei Gefährdung der Person des Kindes. Im § 1666 sind drei Tatbestände unterschieden, welche das körperliche oder geistige Wohl des Kindes gefährden. Wenn der Vater

α) die Sorge für die Person des Kindes mißbraucht,

β) das Kind vernachlässigt oder

γ) sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht.

Dann soll das Vormundschaftsgericht eingreifen.[1]) Nötigenfalls kann es hier sogar Entziehung der Vermögensverwaltung und Nutznießung gegen den Vater anordnen.

c) Auch Vermögensgefährdung ist ein Grund für das Eingreifen des Vormundschaftsgerichtes (§§ 1667 u. 1668). Hier kann das Vormundschaftsgericht die erforderlichen Maßregeln treffen, insbesondere vom Vater Rechnungslegung oder Hinterlegung der Aktiva verlangen oder auch Sicherheitsleistung. Wenn der Vater widerspenstig ist, kann das Vormundschaftsgericht ihm die Vermögensverwaltung ganz entziehen (§ 1670). Dagegen kann das Vormundschaftsgericht nicht eine Sicherheitsleistung etwa dadurch erzwingen, daß es eine Zwangshypothek auf das Grundstück des Vaters eintragen läßt. Denn § 1670 Satz 2 lautet: „Zur Erzwingung der Sicherheitsleistung sind andere Maßregeln nicht zulässig". Es ist nur jene mittelbare Zwangsmaßregel zulässig.

---

[1]) Hier kommt die Fürsorgeerziehung in Betracht. Gesetz vom 2. Juli 1900. Literatur bei Dernburg, Bürg. R. IV § 76 Anm. 1.

Vor der Entziehung soll das Vormundschaftsgericht den Vater und auch die Verwandten hören (§ 1673). Der Vormundschaftsrichter haftet, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig seine Pflicht verletzt (§ 1674).

Die väterliche Gewalt kann ruhen und kann verwirkt werden. Ruhen kann sie nach den §§ 1676—1678

a) bei Geschäftsunfähigkeit des Vaters, wenn er etwa geisteskrank wird; und auch schon bei beschränkter Geschäftsfähigkeit, wenn er entmündigt wird wegen Trunksucht, Verschwendung usw. (§ 1676);

b) ferner, wenn vom Vormundschaftsgericht festgestellt wird, daß der Vater auf längere Zeit an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert ist (§ 1677).[1]) Aber die Nutznießung ist dem Vater damit nicht entgangen (§ 1678).

Vom Ruhen der väterlichen Gewalt ist verschieden die Verwirkung. Der Vater verwirkt die elterliche Gewalt, wenn er wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens zu Zuchthaus oder mindestens sechsmonatlicher Gefängnisstrafe verurteilt wird (§ 1680). Im übrigen bleiben seine väterlichen Rechte, auch der Unterhaltsanspruch u. dgl. mehr bestehen.

In der Wendung, wegen eines „an dem Kinde" verübten Verbrechens steckt eine unglaubliche Feinheit.

Die Motive sagen: „an dem Kinde" wolle man nicht identifizieren mit der Wendung „gegen das Kind". Wenn der Vater z. B. ein neugeborenes Kind aussetzt oder wenn er die Tochter verkuppelt, so möchte man bei abstrakter Betrachtung meinen, das sei ein Vergehen oder Verbrechen am Kinde. Aber nein! Das wäre, sagen die Motive, ein Verbrechen gegen das Kind,[2]) wie das Strafgesetzbuch in den betreffenden Fällen sich ausdrückt. Denn ein Verbrechen werde gegen jemanden verübt, wenn er verletzt werde. Das falle nicht unter diesen Paragraphen, vgl. § 221 des Str.G.B. (Aussetzung und Verlassen in hilfloser Lage): Wird die Handlung von leiblichen Eltern gegen ihr Kind begangen, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter 6 Monaten ein.

---

[1]) Bei der Behinderung des Vaters, die nur einzelne Funktionen seiner Gewalt betrifft, läßt die Praxis nicht die Mutter eintreten, sondern nur einen Pfleger, vgl. Dernburg, Bürg. R. § 82 Anm. 2. Das Recht als ganzes ruht in solchen Fällen nicht.

[2]) IV S. 838. Die Motive machen diese von Eck hervorgehobene Unterscheidung, setzen aber hinzu, daß es auf sie nicht ankommen solle.

Welche Handlungen sind nun am Kinde begangen? Nur diejenigen, wobei das Kind „körperlich angetastet wird",[1]) z. B. die Fälle des Str.G.B. in dem § 176 Nr. 1 und Nr. 3: „Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer

1) mit Gewalt unzüchtige Handlungen an einer Frauensperson vornimmt oder dieselbe durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zur Duldung unzüchtiger Handlungen nötigt;

3) mit Personen unter 14 Jahren unzüchtige Handlungen vornimmt, oder dieselben zur Verübung oder Duldung unzüchtiger Handlungen verleitet."

In Nummer 3 steht zwar kein „an", aber die Motive sagen, es sei dasselbe gemeint. Das ist eine höchst subtile Unterscheidung. Ob die sich in der Praxis Bahn brechen wird, darf man wohl abwarten.[2])

Es endigt die elterliche Gewalt des Vaters durch Tod eines Teils, natürlich auch durch Volljährigkeit des Kindes, Adoption usw. Die Folgen bestimmen §§ 1681—1683. Der Vater ist hier verpflichtet, das Kindesvermögen herauszugeben und Rechnung zu legen. Unterdessen aber bleibt er zur Fortführung der Geschäfte berechtigt, bis er Kenntnis davon erlangt hat, daß seine elterliche Gewalt erloschen ist.

An Stelle des Vaters hat die Mutter die elterliche Gewalt und also auch die Nutznießung am Kindesvermögen, zunächst in zwei Fällen, wo die elterliche Gewalt des Vaters beendigt ist (§ 1684):

1. Beim Tode des Vaters. Es wird dann in Zukunft kein Vormund mehr bestellt werden. Wir werden aber später sehen, daß dafür in der Beistandschaft ein Surrogat geschaffen ist.

2. Wenn der Vater die elterliche Gewalt infolge eines Verbrechens am Kinde verwirkt hat, und außerdem die Ehe aufgelöst ist. Wenn

---

[1]) Ergänzung einer Lücke der Nachschrift. Die Motive sagen „bei denen das Kind als sog. notwendiger Teilnehmer angesehen wird".

[2]) Obwohl die Motive ausdrücklich sagen, daß es bei der Verwirkung der väterlichen Gewalt nicht darauf ankommen solle, ob die Straftat gegen das Kind oder an dem Kinde begangen sei, scheint Eck dennoch das Gegenteil anzunehmen. Ähnlich das von Dernburg, Bürg. R. IV § 81 Anm. 1 aus der Rechtspr. des O.L.G. Bd. 5 S. 187 angeführte Urteil des O.L.G. Karlsruhe vom 23. April 1902, welches annimmt, die Handlung müsse gegen die Person des Kindes gerichtet sein, nicht gegen sein Vermögen. Ich vermag die Berechtigung derartiger Unterscheidungen nicht anzuerkennen.

der Vater z. B. unzüchtige Handlungen mit der Tochter unter 14 Jahren vorgenommen hat, und nun seine elterliche Gewalt verwirkt ist, aber die Ehe noch fortbesteht, so bekommt die Mutter nicht die elterliche Gewalt. Das wird man auffallend finden dürfen, denn die Mutter hatte ja schon neben dem Vater während der Ehe die elterliche Gewalt. Wenn der Vater sie verwirkt, möchte man meinen, daß nun die Mutter sie allein erhält. Aber, wie die Motive[1]) sagen, könnte es den Familienfrieden stören, wenn die Mutter die elterliche Gewalt bekäme, so lange die Ehe besteht und der Vater lebt. Es soll dem Kinde vielmehr ein Vormund bestellt werden. Weil der Vater die elterliche Gewalt verwirkt, verliert sie auch die Mutter. Eben darum tritt auch im Falle des § 1666, wenn dem Vater die Sorge für die Person oder das Vermögen des Kindes vom Vormundschaftsgericht entzogen ist, nicht, wie man erwarten möchte, die elterliche Gewalt der Mutter ein, sondern es hat dann das Vormundschaftsgericht die erforderlichen Maßregeln zu treffen.[2])

Dagegen gibt es zwei Fälle, wo ohne Beendigung der elterlichen Gewalt des Vaters doch die Mutter sie ausübt (§ 1685):

1. Wenn der Vater während der Ehe an der Ausübung tatsächlich verhindert ist z. B. auf Reisen ist, oder seine elterliche Gewalt wegen Geschäftsunfähigkeit, oder vorübergehender Geisteskrankheit ruht, oder wenn das Vormundschaftsgericht feststellt, daß er auf längere Zeit tatsächlich verhindert ist. Dann hat aber die Mutter die Gewalt ohne die Nutznießung.

2. In höherem Maße ist sie berechtigt nach § 1685 Abs. 2 Wenn die Ehe aufgelöst ist und die elterliche Gewalt des Vaters ruht, auch keine Aussicht besteht, daß der Grund des Ruhens wegfallen werde, weil der Vater z. B. unheilbar geisteskrank oder lebenslänglich ins Zuchthaus gekommen ist, dann hat die Mutter das Recht, sich die Ausübung der elterlichen Gewalt vom Vormundschaftsgericht übertragen zu lassen, und dann hat sie auch die Nutznießung am Kindesvermögen.

Der Fall, wo die elterliche Gewalt der Mutter sogar von vorneherein zusteht, wird später erwähnt (§ 1701): Wenn die Ehe nichtig

[1]) IV S. 755 ff., 840.

[2]) In diesen Fällen liegt die Gefahr vor, daß der Mann durch sein Übergewicht über die Gattin mittelbar die ihm genommene Gewalt würde ausüben können, wenn sie ihr belassen würde. So ausdrücklich Mot. IV S. 755.

ist und der Vater den Nichtigkeitsgrund kannte, hat die Mutter die elterliche Gewalt.

Demnach ist die Mutter nicht gerade selten zur Ausübung der elterlichen Gewalt berufen, nur nicht in der Art, daß während der Ehe der Vater zu Gunsten der Mutter zurückgesetzt wurde. Das hat das B.G.B. vermeiden wollen.

Übrigens ist der Umfang der elterlichen Gewalt der Mutter nach § 1686 im wesentlichen derselbe, wie der Umfang der väterlichen Gewalt. Also hat auch die Mutter die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes, auch sie hat dessen Vertretung und die Nutznießung am Kindesvermögen.

Ob dabei das Kindesvermögen nicht häufig verloren geht, wird die Zukunft lehren.

Soweit der Vater an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gebunden ist, ist es auch die Mutter. Aber eine besondere Beschränkung der Mutter, worin sich ihre elterliche Gewalt sehr stark von der elterlichen Gewalt des Vaters unterscheidet, liegt darin, daß das Vormundschaftsgericht in zahlreichen Fällen der Mutter einen Beistand zu bestellen hat (§ 1687).

Dieser Beistand ist nachgebildet dem conseil spécial des Code civil Art. 391. Der Beistand soll in Zukunft ein Ersatz des bisherigen Gegenvormunds sein, den die Mutter für die Vermögensverwaltung bekommt. Nach § 1687 wird ihr dieser Beistand beigeordnet:

a) Wenn der Vater als Gewalthaber durch letztwillige Verfügung das angeordnet hat.

b) Wenn die Mutter die Bestellung des Beistandes beantragt (§ 1687 Nr. 2). Sie braucht gar keinen Grund anzugeben. Wenn sie schreibt, es sei ihr zu unbequem, das Vermögen des Kindes zu verwalten, so muß sie einen Beistand bekommen.

c) Sogar von Amtswegen bekommt sie einen Beistand, wenn das Vormundschaftsgericht es im Interesse des Kindes aus besonderen Gründen für nötig erachtet, insbesondere wegen sittlicher oder wegen Vermögens-Gefährdung des Kindes.

Das sind recht ausgedehnte Fälle. Wir werden aber sehen, daß auch die Befugnisse des Beistandes zum Teil sehr weit greifen. Der Geschäftskreis des Beistandes umfaßt im Zweifel alle Angelegenheiten

des Kindes (§ 1688). Freilich kann die Bestellung auch beliebig begrenzt sein auf Zeit, oder nur auf die Sorge für die Person des Kindes oder für das Vermögen des Kindes, je nach dem Ermessen des Gerichtes. Und wenn der Vater die Beistandsbestellung angeordnet hat, sind die Bestimmungen des Vaters zu befolgen.

Die Tätigkeit des Beistands besteht in einer Unterstützung und einer Überwachung der Mutter (§ 1689), natürlich immer nur innerhalb des dem Beistand gezogenen Wirkungskreises. Der Beistand ist aber nur berufen zur Beaufsichtigung der Mutter, nicht jedoch zu ihrer Vertretung, ungefähr wie jetzt ein Gegenvormund. Er soll sie kontrollieren aber nicht ersetzen. Darum bestimmt § 1694 dieser Grundidee ganz entsprechend, daß für Berufung, Bestellung, und Beaufsichtigung des Beistandes, für seine Haftung, seine Vergütungsansprüche usw. die gleichen Vorschriften gelten wie beim Gegenvormund.[1]) Er ist im wesentlichen ein Gegenvormund mit anderem Namen. Er muß außerdem die Fälle, wo das Vormundschaftsgericht zum Eintreten berufen ist, demselben sofort anzeigen.

Dreierlei aber wird ihm speziell zur Pflicht gemacht (§§ 1690 bis 1692):

a) Bei Geschäften, die in seinen Wirkungskreis fallen und zu denen ein Vormund die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormunds nötig hätte, ist auch die Mutter an die Genehmigung des Beistands gebunden, ausgenommen die Fälle, wo sie die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen muß. Diese ersetzt natürlich diejenige des Beistands.

b) Soweit der Beistand bei Anlegung von Geldern des Mündels mitzuwirken berufen ist, muß er es nach den für das Mündelgeld bestehenden Regeln anlegen und zwar so, daß die Mutter das Geld nicht ohne die Genehmigung des Beistandes wieder abheben kann.

Die praktische Folge davon ist, daß Mutter und Beistand zusammen nicht so freigestellt sind als die Mutter allein ohne Beistand gestellt sein würde. Man kann das auffallend finden. Der Gedanke ist wohl der, daß wenn überhaupt ein Beistand nötig erschien, ein gewisses Mißtrauen gegen die Mutter begründet ist.

c) Die Mutter als Inhaberin der elterlichen Gewalt ist nach dem Tode des Vaters eben so wie dieser nach dem Tode der Mutter

[1]) Nicht für das Strafrecht (§ 266, 1 Str.G.B.), vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 84 Anm. 2.

verpflichtet, ein Inventar einzureichen. Diese Bestimmung ist nicht erst ganz vom Reichstag geschaffen. Sie stand etwas schwächer schon im Entwurf II.

§ 1692 bestimmt „Hat die Mutter ein Vermögensverzeichnis einzureichen, so ist bei der Aufnahme des Verzeichnisses der Beistand zuzuziehen. Das Verzeichnis ist vom Beistand mit der Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit zu versehen." Ist das Verzeichnis ungenügend, so wird amtliche Aufnahme verlangt.

Hier potenziert sich die Belästigung, die der elterlichen Gewalt erwächst; denn hier muß immer der Beistand mitwirken. Jedesmal, wenn das Kind nachträglich etwas erwirbt, muß der Beistand von neuem zugezogen werden, ebenso wenn etwas von seinem Vermögen abgeht.

Der Beistand kann auf Antrag der Mutter geradezu mit der ganzen Vermögensverwaltung beauftragt werden (§ 1693). Dann ist die Mutter diese Verwaltung los. Und das wird bei Müttern, die entweder zu bequem sind oder sich nicht zutrauen, ein erhebliches Kindesvermögen zu verwalten, häufig vorkommen. Der Beistand hat dann die Rechte und Pflichten eines Pflegers (§ 1693). Er wird hier Pfleger genannt, weil er nur für das Vermögen zu sorgen hat und nicht für die Person des Kindes. Diese Sorge verbleibt der Mutter.

Das Amt des Beistandes endigt, wenn die elterliche Gewalt der Mutter ruht (§ 1694 Abs. 2). Das Vormundschaftsgericht kann auch die Bestellung des Beistands und die Übertragung der Vermögensverwaltung auf ihn wieder aufheben (§ 1695). Wenn die Mutter minderjährig ist, ruht zwar ihre elterliche Gewalt, und das Kind muß also einen Vormund bekommen, aber die Sorge für die Person des Kindes soll doch der Mutter verbleiben nur mit Ausschluß der Vertretung; und auch soweit ihr die Sorge für die Person des Kindes obliegt, hat der Vormund die Stellung eines Beistands (§ 1696). Z. B. kann die Mutter keinen Vertrag mit einer Erziehungsanstalt schließen, in die sie das Kind geben will, denn dazu wäre Vertretung nötig. Das sind äußerst verwickelte Bestimmungen, die sich schwer dem Gedächtnis einprägen.

Die elterliche Gewalt der Mutter erlischt dadurch, daß sie eine neue Ehe eingeht (§ 1697). Sie verliert dann auch die Nutznießung. Es ist bemerkenswert, daß sie darin schlechter steht, als der wiederheiratende Vater. Dieser behält die Nutznießung über das Vermögen

des Kindes. Die Mutter soll sie verlieren, damit die Nutznießung nicht in die zweite Ehe hineinkommt. — Jedoch soll sie wie eine minderjährige Mutter das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, behalten, aber wieder ohne Vertretung. Das ist auch eine sehr subtile Bestimmung.

Wenn an Stelle des Vaters, dessen elterliche Gewalt verwirkt war oder ruht, dem Kinde ein Vormund bestellt wird, so hat die Mutter wieder neben dem Vormund die Sorge für die Person des Kindes ebenso wie sie die Sorge neben dem Vater hat.

Es ist schwer vorher zu sagen, wie sich diese Bestimmungen in der Praxis bewähren werden. Jedenfalls ist dem Verlangen der deutschen Frauen-Vereine entsprechend der Mutter damit ein bedeutendes Vertrauensvotum vom Gesetzgeber erteilt worden.

5. Rechtsstellung unehelicher Kinder.[1])

a) Rechtsstellung von Kindern aus nichtigen Ehen (§§ 1699—1704).

§ 68.

Die Kinder aus nichtigen Ehen stehen zum Teil besser als andere uneheliche Kinder. Wie im gemeinen Recht, so gelten auch nach dem B.G.B. im Falle einer Putativehe die Kinder, die bei Giltigkeit der Ehe ehelich sein würden, als ehelich. Das ist im § 1699 ganz unbedingt ausgesprochen. Im preußischen Recht gelten die Kinder aus einer Putativehe nur ihren Eltern gegenüber als ehelich. Nach dem B.G.B. in viel weiterem Umfange auch den Verwandten gegenüber. Dagegen ist die Ehelichkeit ausgeschlossen, wenn die beiden Gatten die Nichtigkeit der Ehe kannten oder wenn die Ehe wegen Formmangels nichtig war und nicht einmal in das Heiratsregister eingetragen worden ist (§ 1699).[2])

Hiernach kommt diesen Kindern die bona fides eines ihrer beiden parentes mehr zu Gute als den Eltern selber. Denn die Kinder haben, wenn auch nur einer der beiden Gatten die Nichtigkeit

[1]) Literatur bei Dernburg, Bürg. R. IV § 87 Anm. 1.

[2]) Vgl. oben S. 382 Anm. 2. Dernburg spricht auch hier von „Kindern aus Nichtehen", Bürg. R. IV § 85 III S. 275.

der Ehe verkannte, alle Rechte ehelicher Kinder. Aber der Ehegatte, der in bona fide war, kann nach den früher erörterten Regeln, insbesondere nach § 1345, nur dann, wenn der andere Gatte in mala fide war und auch nur in vermögensrechtlicher Beziehung verlangen, wie ein geschiedener Gatte behandelt zu werden.

Also ist die etwas auffallende praktische Konsequenz die, daß z. B. die Gattin, die in einer nichtigen Ehe gestanden hat, auf den Namen einer Frau ihres Mannes kein Anrecht hat, denn das ist keine vermögensrechtliche Beziehung. Also heißt sie, nachdem die Ehe für nichtig erklärt ist, wieder Fräulein mit ihrem Geburtsnamen.[1]) Dennoch kann sie als Fräulein sehr wohl eheliche Kinder haben. Im gemeinen Recht ist das ausgeschlossen. Da war die Nichtigkeit der Ehe nicht so scharf durchgeführt, sondern es wurde bei der Putativehe dem gutgläubigen Gatten auch dem andern Teil gegenüber das volle Recht eines Ehegatten gewahrt. Es bekam also die Frau den Namen des Mannes, und konnte ihn als Frau führen.

Im einzelnen ist das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern bei einer nichtigen Ehe das gleiche wie bei einer geschiedenen, wenn beide Gatten für schuldig erklärt sind (§ 1700).

Das gilt sowohl in vermögensrechtlicher Beziehung als auch für die Elternrechte. Jedoch verliert jeder Gatte, der in mala fide war, also das Ehehindernis kannte, gewisse Rechte, die er sonst haben würde.

Der Vater, dem die Nichtigkeit bekannt war, hat kein Recht gegen das Kind aus der Vaterschaft, sondern die Elterngewalt hat statt seiner die Mutter (§ 1701).[2])

Wenn die Mutter die Nichtigkeit der Ehe kannte, hat sie nicht mehr als das Recht einer geschiedenen und allein für schuldig erklärten Frau. Sie hat dann nicht die Sorge für die Person des Kindes, sondern nur das Recht, mit dem Kinde persönlich zu verkehren. Freilich, wenn die elterliche Gewalt des Vaters endigt, bekommt auch hier die Mutter die Sorge für die Person des Kindes. Jedoch auch dabei soll wieder der Vormund des Kindes die Stellung eines Beistandes der Mutter haben.

---

[1]) Vgl. oben S. 381 Anm. 3.

[2]) Für die Zwischenzeit bis zur Aufklärung der Sachlage will Dernburg (Bürg. R. IV S. 277) gegen Planck zu § 1701 dem Vater eine vorübergehende Gewalt geben, was der Rechtssicherheit sicherlich förderlich sein würde, aber nicht im Gesetzestexte begründet ist.

Wenn beide Gatten in mala fide waren, gilt das Kind nicht als ehelich. Dann ist die Ehe gar nicht eine putative gewesen und das Kind aus einer solchen Ehe steht in keiner verwandtschaftlichen Beziehung zu den Verwandten des Vaters. Indessen kann es dennoch von dem Vater selber den Unterhalt verlangen, wie ein eheliches Kind (§ 1703). Wenn es also Vermögen hat, dessen Einkünfte zur Alimentation nicht ausreichen, kann es vom Vater Alimente verlangen, und der Vater muß sie leisten, ohne daß er das zu seinem eigenen standesmäßigen Unterhalt Erforderliche abziehen darf.

Wenn ein Ehegatte durch Drohungen zur Eingehung der Ehe gezwungen war, dann hat er zwar den Anfechtungsgrund gekannt und würde also streng genommen nicht als bonae fidei Gatte bezeichnet werden können. Indessen soll er doch so behandelt werden, weil er nicht durch seinen freien Willen, sondern infolge psychischen Zwanges in die Ehe hineingetrieben wurde.

b) Rechtsstellung unehelicher Kinder.

§ 69.

Darüber gibt es in der Literatur schon einige Monographieen. Namentlich

1. Hirsch: Die Rechtsverhältnisse der unehelichen Kinder nach dem B.G.B. 1897.

2. Mantey: Das Recht der unehelichen Kinder und ihrer Mutter. 1897. Die Monographie ist merkwürdigerweise in der Form eines Kommentars erschienen, das preußische Recht wird etwas übermäßig benutzt. Aber das Buch ist lehrreich und geschickt geschrieben.[1])

Über die Rechtsstellung unehelicher Kinder handelt das B.G.B. (§§ 1705—1718) verhältnismäßig kurz. Aber der Inhalt dieser Paragraphen ist umfassend.

Der Mutter und ihren Verwandten gegenüber haben die unehelichen Kinder dieselben Rechte wie eheliche.[2]) Das ist günstiger für sie

[1]) Weitere Literatur s. bei Dernburg, Bürg. R. IV § 87 Anm. 1; Matthiaß, Lehrb. des B. R. Bd. 2 § 110 Anm. 1.

[2]) Daß die Mutter zwar die Sorge für die Person des Kindes, aber nach § 1707 Satz 1 nicht die elterliche Gewalt hat, wird von Dernburg, Bürg. R. IV § 87 S. 279 als inkonsequent gerügt. Es läßt sich dies aber vielleicht dadurch rechtfertigen, daß erfahrungsmäßig die Mütter unehelicher Kinder gegenüber ihren

als das Pr. A.L.R. § 639 II 2. Dies enthält einen Rest von der altdeutschen Anschauung, daß uneheliche Kinder Fremdlinge in der Familie der Mutter seien. „Uneheliche Kinder treten weder in die Familie des Vaters noch in die der Mutter." Höchstens der Mutter gegenüber standen sie wie eheliche, aber nicht dem Verwandten der Mutter gegenüber.

Ihre Stellung wird nun den mütterlichen Verwandten gegenüber durch das B.G.B. gebessert. Das uneheliche Kind erhält auch den Familiennamen der Mutter. Ist sie eine Ehefrau oder eine Witwe, so bekommt das Kind wie schon nach bisherigem Recht den vorehelichen Namen — genauer den Jungfernamen der Mutter (§ 1706). Aber eine wichtige Modifikation tritt ein durch § 1706 Abs. 2 Satz 2. Darin steckt ein Antrag der Sozialdemokraten Auer, Bebel und Gen. Danach kann derjenige, der die Mutter des unehelichen Kindes geheiratet hat, obwohl er nicht Vater desselben ist, ihm doch seinen Namen erteilen mit Einwilligung des Kindes bezw. dessen gesetzlichen Vertreters und der Mutter. Die Erklärung des Ehemanns, der Mutter und des Kindes oder seines Vertreters sind der zuständigen Behörde gegenüber abzugeben, entweder zu Protokoll oder in öffentlich beglaubigter Form.

Der Grundgedanke dieses Antrages war, den Makel zu beseitigen, der darin liegt, daß das Kind einen anderen Namen führt als die ehelichen Kinder seiner Mutter, oder, wie der Antrag motiviert wurde: es soll ein zweideutiges Familienverhältnis gereinigt werden. Das kann man wohl gerechtfertigt finden.[1]) Es ist zu betonen, daß darin eine rein privatrechtliche Namensänderung liegt ohne alle weiteren Rechtswirkungen. Mit der Namensänderung ist nicht etwa ein Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes gegen den Ehemann seiner Mutter verknüpft, kein Erbrecht und kein Verwandtschaftsverhältnis. An diesen § 1706 Abs. 2 knüpfen sich schon jetzt zwei intrikate Kontroversen, die durch dieses Einschiebsel heraufbeschworen sind. Einmal ist durch die Fassung

---

Geliebten nicht immer mit der vollen Schärfe vorgehen, die im Interesse des Kindes erwünscht sein würde. Sie ist hier am Streite des Kindes nicht unbeteiligt und darum nicht unbefangen. Vgl. hierzu das von Dernburg § 89 Anm. 3 S. 285 Hervorgehobene.

[1]) Leider versteckt sich dahinter nicht selten ein unlauteres Geschäft, in dem ein unehelicher Erzeuger seinem Kinde einen Vaternamen dadurch verschafft, daß er den Träger dieses Namens bezahlt.

des Absatzes 2, der aus zwei Sätzen besteht, eine Kontroverse veranlaßt, die zuerst der Oberstaatsanwalt Ruhstrat in der Juristenzeitung (1898 S. 223) angeregt hat. Er sagt, es stecke darin ein starkes Versehen. Der ganze Abs. 2 betreffe nur den Fall, wo das Kind von einer Frau geboren wird. Dagegen betreffe Abs. 1 den Fall, daß ein Mädchen ein uneheliches Kind zur Welt bringt. Also soll die praktische Konsequenz sein, daß Abs. 2 mit dem Bebelschen Amendement unanwendbar wäre, wenn ein Mädchen ein Kind bekommt und dann heiratet, also gerade der wichtigste Fall, auf den Bebel sein Amendement gemünzt hatte. Auf diese subtile Argumentation hat der Berliner Rechtsanwalt Dr. Neumann in der Juristenzeitung Jahrgang 1898 S. 265 mit Recht geantwortet: Abs. 1 enthält die allgemeine Regel, daß das uneheliche Kind den Familiennamen der Mutter erhält. Dabei ist nicht bloß an den Fall gedacht, wo ein Mädchen, sondern auch wo eine verheiratete Frau oder Witwe ein Kind zur Welt bringt. Abs. 2 betrifft zwei besondere Fälle. Der erste Fall ist der, daß die Mutter infolge ihrer Verheiratung einen anderen Namen führt und das Kind den vorehelichen Familiennamen der Mutter bekommt. Der zweite besondere Fall, den man nicht ohne weiteres, wie das Ruhstrat tut, mit dem ersten Fall in Abs. 2 verbinden darf, ist, daß die Mutter einen Ehemann hat, der dem unehelichen Kind seinen eigenen Namen geben will. Es würde freilich deutlicher und korrekter gewesen sein, wenn der Reichstag dies beachtet und den Abs. 2 in zwei getrennte Absätze zerlegt hätte. Da man aber in der Hast, in welcher man arbeitete, diese beiden Absätze zusammengeschweißt hat, so müssen wir frei interpretieren, wie Neumann es tat.[1])

Noch viel strittiger ist ein anderer allgemein bekannter Punkt. Wenn der Ehemann unehelichen Kindern seinen eigenen Namen geben kann, so fragt es sich, ob damit auch der adlige Name, den der Ehemann vielleicht führt, auf die Kinder übergeht. Die Frage taucht schon bei Abs. 1 auf, wo es heißt: das uneheliche Kind erhält den Familiennamen der Mutter.

Bekanntlich ist darüber viel verhandelt worden und sollte auch auf dem letzten Juristentage in Posen verhandelt werden. Die Frage ist jedoch abgesetzt worden. Was zunächst den Adelsstand betrifft, so entscheidet die Frage sich unzweifelhaft nach Landesrecht. Das B.G.B.

[1]) Gegen Ruhstrat auch Dernburg, Bürg. R. IV § 87 Anm. 13 S. 281.

hat über den Stand keine Bestimmungen treffen wollen. Daß aber nach preußischem Recht der Adelstand auf das uneheliche Kind nicht übergeht, unterliegt wohl keinem Zweifel.[1]) Es kann sich also nur fragen, ob abgesehen von der Standeszugehörigkeit das Prädikat oder der Zusatz zum Namen, das Wörtchen „von" auf das uneheliche Kind der Mutter übergeht bezw. vom Ehemann der Mutter den Kindern gewährt werden kann. Die Entscheidung hängt aber von der Vorfrage ab, ob dieser Zusatz, das Wörtchen „von" hauptsächlich Namensbestandteil ist oder vielmehr Adelsabzeichen. Ist es im wesentlichen Namensbestandteil, so müßte es mit übergehen, ist es aber Adelsabzeichen, so würde die Frage wiederum nach Landesrecht zu entscheiden sein, da das B.G.B. darüber keinerlei Bestimmungen trifft. Nach preußischem Recht wird man sagen müssen, daß der Zusatz „von" hauptsächlich ein Adelsabzeichen ist und darum auf das uneheliche Kind nicht übergeht. Das entspricht dem bisherigen Recht in Preußen und zwar auch der Sache selbst.

In der Frage, welche Rechte das uneheliche Kind gegenüber dem Vater hat, nähert sich das B.G.B. am meisten dem preußischen Gesetz vom 24. April 1854. Aber es nähert sich ihm nur. Es hat auch eine Menge erheblicher Abweichungen, die fast alle eine bedeutende Aufbesserung der unehelichen Kinder mit sich bringen. Das ist zum Teil der stürmischen Petition der Frauenvereine zugestanden worden, die ja eine außerordentliche Verbesserung in der Stellung der unehelichen Kinder verlangten. Der uneheliche Vater ist verpflichtet, dem Kinde bis zu dessen 16. Lebensjahre den Unterhalt zu gewähren, welcher der Lebensstellung der Mutter entspricht (§ 1708), also nicht bloß, wie jetzt, bis zum 14. Weiter ist dem Kinde nicht bloß notdürftiger Unterhalt zu gewähren, sondern auch die Kosten der Erziehung und Vorbildung zu einem Beruf, kurz der ganze Lebensbedarf, welcher der Lebensstellung der Mutter entspricht. Der Grundgedanke ist, daß das Kind in die Familie der Mutter eintritt, anders als bisher nach preußischem Recht. Ist also die Mutter eine hochgestellte vornehme Dame, so können die Alimente dem Vater sehr teuer werden. Noch wichtiger ist, daß hiernach nicht mehr, wie nach preußischem Recht, der Lebensunterhalt, der dem Kinde gewährt werden muß, ein fester ist. Denn da er der Lebensstellung der Mutter entsprechen soll,

[1]) § 3 A.L.R. II, 9. Ebenso, wie Dernburg, Bürg. R. IV § 88 Anm. 11 hervorhebt „nach dem öffentlichen Rechte wohl aller Bundesstaaten".

und diese Lebensstellung schwanken kann, so kann auch der Inhalt der Alimente variabel werden, heraufgehen und heruntergehen.

Die §§ 626 und 627 II, 2 des Pr. A.L.R. lauten: „In allen Fällen, wo die Verpflegungs- und Erziehungskosten in Gelde bestimmt werden sollen, ist nur auf das zu rechnen, was Leute vom (gemeinen) Bauern- oder gemeinen Bürgerstande die Erziehung eines ehelichen Kindes, nebst dem Schul- und Lehrgelde kosten würde. Dabei muß auf die jeden Orts gewöhnlichen Preise, und auf die mit zunehmenden Jahren wachsenden Bedürfnisse des Kindes Rücksicht genommen werden." Die preußische Praxis ist zu ganz erstaunlichen Entscheidungen gekommen. Es ist angenommen worden, daß für die ganze Dauer der Alimentation der Wohnsitz der Mutter zur Zeit der Klage maßgebend sei. Eine praktische Konsequenz, die das Obertribunal wirklich gezogen hat, ist: Wenn die Mutter mit ihrem unehelichen Kinde so und so viel Jahre an einem ganz kleinen Orte gelebt hat, der in der niedrigsten Servisklasse eingetragen ist, dann in eine Großstadt zieht, und jetzt erst den Schwängerer auf Gewährung der Alimente verklagt, so muß dieser dem Kinde die Alimente gewähren, die der teuren Großstadt entsprechen. Die Alimente sollten ein fester, sich immer gleich bleibender Betrag sein.

Nach dem B.G.B. wechselt, wie die Lebensstellung der Mutter, so auch der Alimentenumfang. Das kann auf den ersten Blick sehr gerecht erscheinen, wird aber, das darf man prophezeihen, eine starke Vermehrung der Prozesse nach sich ziehen. Wenn z. B. der Schwängerer nicht sofort verklagt wird, sondern nach einer Reihe von Jahren, so muß eine Beweisaufnahme darüber stattfinden, was für verschiedene Lebensstellungen die Mutter in den vergangenen Jahren eingenommen hat. Hierzu kommt, daß § 323 der C.P.O. auch eine Änderung des ergangenen Urteils auf Gewährung von Alimenten gestattet. „Tritt im Falle der Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen eine wesentliche Änderung derjenigen Verhältnisse ein, welche für die Verurteilung zur Entrichtung der Leistungen, für die Bestimmung der Höhe der Leistungen oder der Dauer ihrer Entrichtung maßgebend waren, so ist jeder Teil berechtigt, im Wege der Klage eine entsprechende Abänderung des Urteils zu verlangen." Was für Streitigkeiten werden daraus hervorgehen, wenn der Schwängerer verurteilt ist, einen gewissen Satz zu zahlen, und nachher die Lebensstellung der Mutter sich hebt, wie etwa bei der Magda in Sudermanns

Drama, oder wenn umgekehrt der Schwängerer behauptet, die Lebensstellung der Mutter habe sich bedeutend verschlechtert! Das kann große Beweisaufnahmen und Schwierigkeiten bei der richterlichen Urteilsfällung nach sich ziehen.

Diese Unterhaltspflicht des außerehelichen Vaters ist aber nicht etwa als eine Anwendung der allgemeinen Unterhaltspflicht kraft Verwandtschaft zu denken, sondern sie ist ganz selbständig aufgestellt, steht suo loco und nicht bei der Verwandtschaftslehre, auf die auch kein Bezug genommen wird. Daher ist diese Unterhaltspflicht des Schwängerers nicht bedingt durch die Bedürftigkeit des Kindes und ebensowenig durch seine eigene Leistungsfähigkeit, wie das bei der verwandtschaftlichen Alimentationspflicht zutrifft. Der Schwängerer hat also nicht die Einrede des Notbedarfs. Das ist eine Neuerung von großer Tragweite.

Der Vater ist vor der Mutter und den mütterlichen Verwandten haftbar (§ 1709). Die Alimentation besteht in einer Geldrente, die drei Monate voraus zu zahlen ist (§ 1710). Also kann der Vater das Kind nicht mehr wie jetzt vom zurückgelegten vierten Lebensjahre an in Pflege und Erziehung nehmen.[1]) An wen der Vater zahlen soll, ist nicht gesagt. Man wird wohl sagen müssen: an den Vormund des Kindes. Eine weitere Vorausleistung als auf drei Monate befreit den Vater nicht. Diese geschieht also auf seine Gefahr.

Auch eine Vereinbarung über die zukünftigen Alimente, insbesondere eine Vereinbarung über eine Abfindung ist nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wirksam, und gar ein unentgeltlicher Verzicht auf den Unterhalt für die Zukunft null und nichtig (§ 1714). Auch für die Vergangenheit kann der Unterhalt eingefordert werden (§ 1711).

Endlich ist, wie freilich jetzt schon nach dem preußischen Gesetz vom 24. April 1854 der Anspruch auch passiv vererblich, also wird durch den Tod des Vaters die Alimentationspflicht nicht aufgehoben (§ 1712). Außerdem steht er dem Kinde auch dann zu, wenn der Vater schon vor der Geburt des Kindes gestorben ist. Wenn jedoch der Vater gestorben ist und der Alimentenanspruch fortdauert, können die Erben des Vaters das Kind abfinden mit dem, was es als ehe-

[1]) Durch unlauteren Mißbrauch dieses Rechtes von seiten der Väter ist diese Änderung veranlaßt worden, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 89 Anm. 4. S. 285.

liches Kind unter dem Titel des Pflichtteils zu fordern hätte. Das ist eine sehr gesunde Bestimmung. Das Kind soll nicht womöglich noch besser zu stehen kommen wie ein eheliches. Und wenn der Pflichtteil vielleicht weniger beträgt als die Alimente betragen würden, so verschlechtert es sich in seiner Rechtsstellung durch den Tod des Vaters. Es soll nicht die übrigen Pflichtteilsberechtigten verkürzen, indem es seinen Alimentenanspruch unverkürzt gegen den Nachlaß und die Erben geltend machen kann.

Der Unterhaltsanspruch erlischt auch mit dem Tode des Kindes, ausgenommen, soweit er auf Rückstände geht oder bei dem Tode des Kindes bereits fällig war (§ 1713). Mantey behauptet, von diesem Alimentenanspruch sei ganz verschieden ein anderer, der im § 1708 Abs. 3 vorkommt: Wenn das Kind zur Zeit der Vollendung des 16. Lebensjahres infolge von Gebrechen außer Stande ist, sich selber zu erhalten, so hat der Vater auch über das 16. Lebensjahr hinaus Unterhalt zu gewähren. Hier findet die Vorschrift des § 1603 Abs. 1 Anwendung, nämlich daß der Vater seinen standesmäßigen Unterhalt zunächst abziehen kann. Daraus zieht er die äußerst wichtige Konsequenz, daß der Alimentenanspruch, der über das 16. Lebensjahr hinausgeht, ein gewöhnlicher Alimentenanspruch sei und mit dem Tode des Kindes erlösche, während der andere Anspruch passiv vererblich sei. Ich glaube nicht, daß das berechtigt ist. Es sind vielmehr beides gleichartige Alimentenansprüche. Der eine ist nur weiter erstreckt als der andere. Aber daß die Regeln für die beiden Ansprüche ungleich sein sollten, kann nicht ohne Weiteres angenommen werden. Dieser § 1708 Abs. 2 verdankt wiederum einem sozialdemokratischen Amendement seinen Ursprung. Er ist nicht ungerecht. Aber nur, wenn das Kind zur Zeit der Vollendung des 16. Lebensjahres außer Stande ist, sich zu ernähren, dauert die Unterhaltspflicht des Vaters fort. Dagegen nicht, wenn es zu diesem Zeitpunkt dazu im Stande war und erst später durch einen Unfall, etwa im 17. oder 18. Jahre erwerbsunfähig wird. Das ist zwar bei dem Amendement ursprünglich nicht betont worden, folgt aber doch aus den Worten des B.G.B. ganz klar.

Als Vater gilt auch hier derjenige, der in der Empfängniszeit der Mutter beigewohnt hat (§ 1717). Aber wohlverstanden, nur im Sinne der §§ 1708—1716, m. a. W. nur im Sinne der Haftung auf Alimente. Die Empfängniszeit ist hier vernünftiger Weise ebenso bestimmt, wie bei den in der Ehe geborenen Kindern, während in

Preußen sonderbarer Weise die Empfängniszeit nach dem Gesetz von 1854 ganz anders gemessen wird, als im Pr. A.L.R. selber.[1]) In der Bemessung der Empfängniszeit liegt eine erhebliche weitere Aufbesserung der unehelichen Kinder, in dem sie erheblich verlängert ist und die Vermutung für die Vaterschaft viel leichter als nach preußischem Gesetz als erwiesen gilt.

Am heftigsten ist im Reichstag über die Bestimmung gestritten worden, daß hier die exceptio plurium oder die Einrede mehrerer, insbesondere auch gegen Zuhälter Platz greifen soll (§ 1717). „Es sei denn, daß auch ein anderer ihr innerhalb dieser Zeit beigewohnt hat."[2]) Diese Einrede geht aber verloren, einmal durch Anerkennung der Vaterschaft von Seiten des Konkumbenten, indem er nach der Geburt des Kindes in einer öffentlichen Urkunde seine Vaterschaft anerkennt (§ 1718). Dann kann er sich nicht darauf berufen, daß ein anderer der Mutter in der Empfängniszeit beigewohnt habe. Außerdem bleibt eine Beiwohnung auch dann außer Betracht, wenn es offenbar unmöglich ist, daß die Mutter das Kind aus dieser Beiwohnung empfangen habe (§ 1717 Abs. 1). Das gilt von der Beiwohnung des als Schwängerer in Anspruch genommenen wie auch von der Beiwohnung des dritten Mitbeischläfers den der beklagte angebliche Schwängerer namhaft gemacht hat. Als Gründe der offenbaren Unmöglichkeit kommen hier dieselben zur Geltung, die wir bei der ehelichen Abstammung kennen gelernt haben: Zweifellose Rassenverschiedenheit, und eine schon vorhandene Schwangerschaft, als die Mutter eine Beiwohnung vollzog. Das sind die Einreden, mit der die Klage abgewendet werden kann. Dagegen sind die anderen zahlreichen Einreden des preußischen Gesetzes von 1854 sämtlich gestrichen. So die Einrede der geschlechtlichen Bescholtenheit der Mutter, die Einrede, daß sie verheiratet gewesen sei, die Einrede, daß sie Geld oder Geschenke angenommen habe, usw.

Auch das Kind einer Prostituierten kann hiernach unzweifelhaft gegen den, der mit seiner Mutter in der Empfängniszeit den Beischlaf

[1]) Das preußische Recht nahm es bei unehelichen Kindern nicht so genau, wie bei ehelichen. Die Scheu der Gesetzgebung durch eine gesetzliche Vermutung jemandem ein nicht erzeugtes Kind aufzudrängen, war bei jenen größer als bei diesen, die man in höherem Maße schützen wollte.

[2]) Über Mißstände, die sich an diese Einrede anknüpfen, Dernburg, Bürg. R. IV § 89 Anm. 2.

vollzogen hat, die Alimentenklage erheben. Nur die exceptio plurium ist stehen geblieben.

Nach dem Gesetzentwurf über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit § 167 Abs. 2 ist für die Aufnahme der erwähnten öffentlichen Urkunde des § 1718 ein Notar oder ein Amtsgericht zuständig. Außerdem soll, da § 191 desselben Gesetzes dem Landesrecht noch eine Ergänzung der Zuständigkeit vorbehält, nach dem preußischen Ausführungsgesetze zum B.G.B. Art. 70 auch der Standesbeamte, der die Geburt des Kindes beurkundet hat, zuständig sein, und zwar selbst dann, wenn die Anerkennung nicht gleich bei der Geburt des Kindes sondern erst später erklärt wird. Dagegen nicht, wie nach der preußischen Praxis, ein Schiedsmann. Dies Anerkenntnis des § 1718 braucht mangels einer Vorschrift nicht dem Kinde, dem Vormund oder der Mutter gegenüber zu erfolgen. Es genügt das einseitige Anerkenntnis des Vaters. Die Wirkung des Anerkenntnisses ist aber nicht, wie nach dem preußischen Schwängerungsgesetz eine das Vaterschaftsverhältnis begründende, also nicht eine konstitutive, wie sie bei der Anerkennung der Ehelichkeit eines Kindes vom B.G.B. allerdings angeordnet (§ 1595). Vielmehr betrifft nach § 1718 die Wirkung lediglich den Beweis. Dies Anerkenntnis entzieht dem Anerkennenden die Einrede der Mehreren.

Weiter bewirkt dies Anerkenntnis, wie Opet z. B. sagt,[1]) gar nichts. Danach wäre also die Anerkennung gleichbedeutend mit einem bloßen Verzicht auf die exceptio plurium. Daraus zieht Opet die weitere Konsequenz, daß der Anerkennende immer noch seine Beiwohnung mit der Mutter bestreiten und Beweise für seine Beiwohnung von dem Kinde verlangen kann.

Indessen das geht entschieden zu weit. Wer seine Vaterschaft zu einem Kinde anerkennt, gesteht doch damit zugleich die Beiwohnung mit der Mutter in der Empfängniszeit zu. Sonst wäre es ja eine contradictio in adjecto.[2]) Richtig aber ist allerdings so viel, daß

[1]) Verwandtschaftsrecht S. 375. Auch Dernburg deutet (Bürg. R. IV § 89 S. 287 IV) nach § 1718 die Anerkennung lediglich als eine Ausschließung der Einrede der mehreren Stupratroren, bemerkt aber „Inwieweit sie die Beiwohnung des Anerkennenden in der Empfängniszeit beweist, ist Sache freier Beweiswürdigung". Ich trete Eck bei, weil die in § 1718 erwähnte Folge des Anerkenntnisses nicht als dessen einzige Folge hingestellt wird.

[2]) Das Wort Vaterschaft erweckt Bedenken. Man kann darunter die rein

dem Anerkennenden immer noch der Gegenbeweis frei bleibt, das heißt die Widerlegung der von ihm zugestandenen Tatsache des Beischlafs durch den Beweis für die Nichtbeiwohnung in der Empfängniszeit oder durch den Beweis für die Unmöglichkeit seiner Vaterschaft trotz der geschehenen Beiwohnung.

Endlich bleibt ihm auch die Anfechtung seines Anerkenntnisses nach den allgemeinen Regeln offen wegen Irrtum, Täuschung oder Zwanges; es würde z. B. die irrige Annahme einer unrichtigen Empfängniszeit genügen. Wenn er etwa die Empfängniszeit vom 180. Tage vor der Geburt ab datierte, während sie gesetzlich erst mit dem 181. Tage beginnt, so läge bei ihm ein Irrtum über den Inhalt seiner Erklärung vor, denn er gestand die Beiwohnung für eine andere Zeit zu als er zugestehen wollte.[1]) Deswegen würde er allerdings sein Anerkenntnis anfechten können.

In der Literatur ist die Frage viel erörtert worden, ob der, welcher seine Vaterschaft anerkannt hat, nachträglich geltend machen könne, er habe erfahren, daß mehrere der Mutter beigewohnt hätten. Hier liegt m. E. nicht ein Irrtum über den Inhalt seiner Erklärung vor, sondern ein Irrtum über den Beweggrund, und darum kein Anfechtungsgrund. Er glaubte alleiniger Konkumbent der Mutter gewesen zu sein und darum erkannte er an.

Erfolgt die Verurteilung des als Vater in Anspruch Genommenen, so wirkt das Urteil nicht wie dasjenige in einem Streit um ein Verhältnis der ehelichen Kindschaft ergehende absolut, also inter omnes, für und gegen alle, sondern nach § 644 der C.P.O. wirkt es nur inter partes. Das Urteil kann also eine beschränktere Rechtskraftwirkung als das in einem Streit um die eheliche Kindschaft ergehende haben.

---

physiologische Beziehung zum Kinde verstehen; dann ist Eck jedenfalls beizutreten. Versteht man aber darunter das Rechtsverhältnis, welches kraft Gesetzes in gewissen Fällen an das physiologische Verhältnis angeknüpft wird, so ist Eck ebenfalls beizutreten; denn in der Anerkennung dieses Rechtsverhältnisses wird das dadurch bekräftigte physiologische Verhältnis ebenfalls anerkannt und mit ihm die Tatsache, die es begründete.

[1]) Mir will es scheinen, daß auch hier nur ein Irrtum in den Beweggründen vorliege, mag man nun in der anerkannten Vaterschaft eine natürliche Beziehung oder ein Rechtsverhältnis sehen (vgl. oben S. 509 Anm. 2). Es zeigt sich hier das Mißliche der vom Gesetze aufgenommenen Unterscheidung zwischen Erklärungsinhalt und bloßen Beweggründen.

Im übrigen bleiben noch zahlreiche Einzelheiten zweifelhaft und sind schon jetzt bestritten. Zunächst ist zu fragen: Auf welchem Prinzip ruht die Haftung des unehelichen Vaters? In der Theorie bekämpfen sich bekanntlich noch immer die Verwandtschafts- und die Deliktstheorie. So sind sie auch für das B.G.B. schon beide aufgestellt worden. Das Deliktsprinzip ist ja eigentlich schon an sich verkünstelt.[1]) Das Delikt gegen das Kind soll darin bestehen, daß es genötigt worden ist, als uneheliches zur Welt zu kommen. Das ist doch ein Hysteron-Proteron! Aber ganz abgesehen davon spricht für das B.G.B. gegen die Deliktstheorie entscheidend, daß unsere ganze Lehre die Verpflichtung des Vaters nicht im Obligationenrecht behandelt, sondern im Familienrecht, und ferner als Hauptgrund, daß die Einrede mehrerer zugelassen ist. Bei dem Deliktsprinzip wäre das ja geradezu ungeheuerlich. Als ob sich ein Dieb darauf berufen könnte, daß noch mehrere neben ihm gestohlen haben, um sich zu exkulpieren.[2]) Die Einrede mehrerer schließt das Deliktsprinzip aus. Dazu stimmt auch die Konsequenz, daß die Haftung des Schwängerers nicht ausgeschlossen wird durch seine Unzurechnungsfähigkeit bei der Beiwohnung, wenn er geisteskrank oder sinnlos betrunken war, oder wenn er, was praktisch wohl selten vorkommt, aber häufig in Romanen, im Irrtum war, indem er die Beiwohnung für eine eheliche hielt.[3]) Da wird keine Ausnahme in der Haftung gemacht. — Andrerseits muß man anerkennen, scheint auch gegen das Verwandtschaftsprinzip mehr als ein Argument zu sprechen, vor allen Dingen das früher erwähnte, daß nach § 1589 Abs. 2 der uneheliche Vater als mit dem Kinde nicht verwandt gilt.

[1]) Versteht man unter dem Deliktsprinzip den Grundsatz, daß der Alimentenanspruch unter die Vorschriften der Forderungen aus unerlaubten Handlungen treten soll, so ist es unhaltbar. Versteht man aber darunter den Gedanken, daß neben andern Erwägungen die Mißbilligung des außerehelichen Beischlafes es rechtfertigt, daß man dem Vater die Folgen einer unerwünschten Verwandtschaftsbeziehung aufdrängt, so steht dieser Gedanke mit der sog. Verwandtschaftstheorie nicht nur nicht im Gegensatz, sondern bildet ihre Ergänzung. Selbst da, wo ausnahmsweise diese Mißbilligung wegfällt (z. B. bei Irrtum), behält doch die erwähnte Motivierung des Gesetzes ihren Wert nach der Regel: Leges generaliter constituuntur (Anpassung der Gesetze an den regelmäßigern Lauf der Dinge).

[2]) M. E. trifft der Vergleich nicht zu. Der Fall liegt vielmehr so, als ob jemand, der eines Diebstahls verdächtig ist, nachweist, daß ein anderer nicht minder verdächtig sei.

[3]) Dies ist in der Tat nicht unbestritten, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 88 Anm. 3. Dernburg gründet den Anspruch ebenfalls auf die natürliche Verwandtschaft.

Weiter spricht dagegen auch, wie schon nach dem preußischen Schwängerungsgesetz, daß die Eltern des Vaters dem Kinde nicht mithaften. Wenn die Verwandtschaftstheorie maßgebend wäre, müßte doch derjenige, der der Sohn des A. ist, zugleich Enkel von A.s Eltern sein und als diese in Anspruch nehmen können.[1])

Trotzdem kann man schließlich nicht umhin, die Regeln der unehelichen Verwandtschaft aus einem Analogon der ehelichen abzuleiten. Das ist die herrschende Lehre, die auch in den Motiven niedergelegt ist. Das entspricht eben vor allen Dingen der geschichtlichen Entwicklung, indem in Deutschland die uneheliche Vaterschaft nach dem Vorbild der ehelichen anerkannt worden ist. Ferner entspricht es der Anknüpfung des Verhältnisses an die Vermutung der Erzeugung. Da das B.G.B. eben denjenigen, der in der Empfängniszeit mit der Mutter konkumbiert hat, als Vater bezeichnet, so drückt es damit schon die Annäherung an die Verwandtschaftstheorie aus. Und namentlich die Zulassung der Einrede mehrerer ist ja nur zu begreifen, wenn man erwägt, daß die Verwandtschaft ungewiß gemacht worden ist durch die Konstupration mehrerer. So wird man in der Tat auf die Verwandtschaftstheorie geführt.

Als praktisch sehr erhebliche Konsequenz ergibt sich, daß der Anspruch des Kindes ein familienrechtlicher ist, und daher nicht der kurzen, dreijährigen Verjährung für Deliktsansprüche unterliegt, die das B.G.B. § 852 aufstellt, sondern einer längeren Verjährung.

Nach § 194 Abs. 2 ist der Anspruch, soweit er auf Alimente für die Zukunft geht, überhaupt gar keiner Verjährung unterworfen. „Der Anspruch aus einem familienrechtlichen Verhältnis unterliegt der Verjährung nicht, soweit er auf die Herstellung des dem Verhältnis entsprechenden Zustandes für die Zukunft gerichtet ist." Das muß doch wie bei dem Alimentenanspruch ehelicher Kinder auch bei dem Anspruch unehelicher gelten. Soweit dagegen der Anspruch auf Nachzahlung von Alimenten für die Vergangenheit geht, findet § 194 keine Anwendung, und es muß der Anspruch auf jede Rate mit Ablauf von vier Jahren nach ihrer Fälligkeit nach § 197 verjähren.

Ferner entspricht der familienrechtlichen Natur unseres Unterhaltsanspruches auch die Begünstigung des Urteils bei der Zwangsvollstreckung:

[1]) Diese Verwandtschaft ist keine gewöhnliche, sondern eine unvollkommene, dem Vater aufgezwungene. Dies rechtfertigt ihre Sonderstellung.

a) nach § 708 Nr. 6 der C.P.O. sollen diese Unterhaltsansprüche auch ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar erklärt werden.

b) Auch die Beschlagnahme von Arbeits- und von Dienstlöhnen kann nach dem Zusatzgesetz zum Beschlagnahmegesetz vom 29. März 1897[1]) wegen dieser Unterhaltsbeiträge in höherem Maße erfolgen als wegen anderer Forderungen.

c) Auch die Pfändung von Gehalt ist ohne Rücksicht auf dessen Betrag zulässig (§ 850 Abs. 4 der C.P.O.).

Freilich ist die uneheliche Vaterschaft positiv beschränkt. Sie reicht nicht über Vater und Kind hinaus. Wie die Eltern des Vaters dem Kinde nicht haften, so haftet auch der Vater selber nicht dem Kinde seines uneheliches Kindes. Letzteres ist im B.G.B. nicht besonders ausgesprochen. Weder in aufsteigender, noch in absteigender Linie verlängern sich die Beziehungen. Und auch zwischen Vater und Kind selber besteht die Vaterschaft nur relativ (§ 1717); denn „als Vater des unehelichen Kindes im Sinne der §§ 1708—1716 gilt, wer der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat", m. a. W. der Vater ist eben nur Vater im Sinne dieser acht Paragraphen, die Vaterschaft bewirkt nur die Unterhalts- und die Beerdigungspflicht des Vaters, weiter nichts. Also bewirkt sie keine Verwandtschaft, kein Recht des Vaters gegen das Kind und auch kein Erbrecht weder für das Kind noch für den Vater. Selbst die Unterhaltspflicht ist, wie wir wissen, grundsätzlich eine vorübergehende. Sie ist auf die ersten 16 Lebensjahre des Kindes beschränkt. Also ist diese Vaterschaft ein vorübergehendes Verhältnis, das mit Erreichung eines höheren Lebensalters des Kindes erlischt. Nur als Ehehindernis wirkt die Vaterschaft auch über Vater und Kind hinaus und auch zeitlich dauernd (§ 1310).

Wenn hiernach die Vaterschaft eine nur relative ist, dann läßt eben diese Relativität es zugleich als zulässig erscheinen, was im ersten Augenblick so anstößig klingt, daß mehrere Personen neben einander als Vater eines und desselben Kindes haftbar werden. Das ist offenbar möglich und wird allgemein als möglich anerkannt infolge rechtskräftiger Verurteilung mehrerer, die entweder den Einwand der mehreren durch ihr Anerkenntnis verscherzt haben oder die tatsächlich

[1]) Art. I, 2 R.G.Bl. S. 159.

die Einrede der mehreren nicht erheben, etwa weil sie von einander nichts wissen. Wenn dann die mehreren verurteilt werden, haften sie als Väter neben einander. Ob das möglich sei, ist für das preußische Recht bestritten, weil es physiologisch unmöglich ist, daß jemand mehrere Väter hat, und nach preußischem Recht der uneheliche Vater eben nicht bloß Vater im Sinne einzelner Paragraphen ist, sondern Vater nach den allerverschiedensten Richtungen hin, auch für das Erbrecht.

Freilich ist nach dem B.G.B. die unangenehme Konsequenz die, daß das Kind nach seiner Wahl den einen oder den andern in Anspruch nehmen oder mit Exekution verfolgen kann. Und derjenige Vater, von dem das Kind dann die Alimente beitreibt, hat auch keinerlei Regreß gegen die übrigen Väter, denn ein solches ist nirgends anerkannt.[1]) Andrerseits ist die Folge einer Klage des Kindes gegen mehrfache Väter natürlich eine Vervielfältigung des Ehehindernisses für das Kind. Wenn also die uneheliche Tochter gegen sechs Männer die Feststellung ihrer Vaterschaft durch Verurteilung oder durch Anerkenntnis erzielt, so kann diese Tochter auch keinen Sohn eines dieser sechs Männer heiraten, weil eben ein Ehehindernis in Bezug auf alle sechs zu ihren Ungunsten begründet ist.[2])

Vergleicht man nun diese Gestaltung der unehelichen Vaterschaft und Kindschaft mit der im bisherigen Recht bestehenden, so ergibt sich: das B.G.B. hat einerseits die Zahl der rechtlichen Wirkungen der unehelichen Vaterschaft gegenüber dem gemeinen und preußischen Recht vermindert, denn die Wirkungen sind keine gegenseitigen Rechte und Pflichten, nur das Kind hat Rechte und der Vater Pflichten; es besteht auch keinerlei Erbrecht. Andrerseits hat das B.G.B. doch zu Gunsten des unehelichen Kindes die Feststellung der unehelichen Vaterschaft ganz außerordentlich erleichtert. Es hat die Empfängniszeit be-

[1]) Vgl. hierzu das oben über „unechte Solidarschulden" Gesagte, Bd. I S. 417 § 72 Anm. 1.

[2]) Ob nicht das Gebot der Rechtskraft für derartige Fälle einschränkend auszulegen sei, kann an dieser Stelle nicht untersucht werden. Jedenfalls werden alle derartigen Übelstände vermieden, sofern grundsätzlich der Klageantrag des unehelichen Kindes gegen seinen Erzeuger nur auf Gewährung des Unterhalts gerichtet wird, nicht auf Anerkennung der Vaterschaft, die im Sinne des B.G.B. kein vollwertiges Rechtsverhältnis ist, das eine richterliche Feststellung verdient. Ein in Breslau vom Amtsgerichte benutztes Klageformular, dessen Einsicht ich der Güte eines Praktikers verdanke, enthält in der Tat einen derartigen beschränkten Antrag.

deutend ausgedehnt, um volle 46 Tage,[1]) es hat ferner die Einreden gegenüber dem preußischen Recht außerordentlich eingeschränkt, und es hat auch die Möglichkeit mehrfacher Vaterschaft zugelassen. Endlich ist auch der Umfang der Unterhaltspflicht erheblich ausgedehnt worden. Nach preußischem Recht dauert die Unterhaltspflicht nur bis zum 14. Lebensjahre, nach dem B.G.B. bis zum 16.; und wenn das Kind bei Vollendung des 16. Lebensjahres gebrechlich oder erwerbsunfähig ist, verlängert sie sich, so lange die Gebrechlichkeit dauert. Außerdem bemißt sich der Alimentenanspruch des Kindes nach dem Stand der Mutter. Insofern liegt in den Hauptpunkten doch eine Verbesserung der Stellung unehelicher Kinder vor. Nur freilich geht sie nicht entfernt so weit wie die Petition der Frauenvereine es vom Reichstag verlangt hatte, und wie es namentlich auch Anton Menger gefordert hatte, der mit Feuer und Schwert zu Gunsten der unehelichen Kinder zu Felde gezogen war.[2]) Ob es gerechtfertigt gewesen wäre, diese Verbesserungen noch weiter auszudehnen, ist quaestio de lege ferenda, auf die nicht weiter einzugehen ist.

Eine Beschränktheit der Unterhaltspflicht ist allerdings auffallend. Sie soll bis zum 16. Lebensjahre dauern und zwar nach Maßgabe der Lebensstellung der Mutter. Hat die Mutter eine höhere Lebensstellung, so muß der Vater viel Alimente zahlen, auch wenn die Mutter inzwischen bereits gestorben ist. Dann ist es aber doch sehr hart, daß mit Zurücklegung des 16. Lebensjahres auf einmal das Kind den Unterhaltsanspruch verliert, denn in höheren Ständen ist das Kind mit dem 16. Lebensjahre noch keineswegs erwerbsfähig.

Es fragt sich endlich, wie ist beim Unterhaltsanspruch des Kindes der Klageantrag zu formulieren? Bisher formuliert man bekanntlich und tenoriert der Richter, daß der Beklagte für den Vater des am so und so vielten geborenen Kindes zu erklären ist. So darf künftig der Klageantrag und das Urteil nicht mehr lauten, denn der Schwängerer ist ja nicht mehr Vater im allgemeinen Sinne des Wortes. Er ist es nach § 1717 nur im Sinne von acht Paragraphen und nicht weiter. Also, da er nur relativer Vater ist, kann das Kind seinen Antrag nur entweder dahin richten, den Beklagten zur Gewährung des Unterhalts bis zum 16. Jahre schuldig zu erklären, m. a. W. die Feststellung der

[1]) § 15 des pr. Ges. v. 24. April 1854 (285—210) vgl. mit § 1592 B.G.B. (302—181).

[2]) Archiv für soziale Gesetzgebung Bd. 2 S. 39 ff.

die Einrede der mehreren nicht erheben, etwa weil sie von einander nichts wissen. Wenn dann die mehreren verurteilt werden, haften sie als Väter neben einander. Ob das möglich sei, ist für das preußische Recht bestritten, weil es physiologisch unmöglich ist, daß jemand mehrere Väter hat, und nach preußischem Recht der uneheliche Vater eben nicht bloß Vater im Sinne einzelner Paragraphen ist, sondern Vater nach den allerverschiedensten Richtungen hin, auch für das Erbrecht.

Freilich ist nach dem B.G.B. die unangenehme Konsequenz die, daß das Kind nach seiner Wahl den einen oder den andern in Anspruch nehmen oder mit Exekution verfolgen kann. Und derjenige Vater, von dem das Kind dann die Alimente beitreibt, hat auch keinerlei Regreß gegen die übrigen Väter, denn ein solches ist nirgends anerkannt.[1] Andrerseits ist die Folge einer Klage des Kindes gegen mehrfache Väter natürlich eine Vervielfältigung des Ehehindernisses für das Kind. Wenn also die uneheliche Tochter gegen sechs Männer die Feststellung ihrer Vaterschaft durch Verurteilung oder durch Anerkenntnis erzielt, so kann diese Tochter auch keinen Sohn eines dieser sechs Männer heiraten, weil eben ein Ehehindernis in Bezug auf alle sechs zu ihren Ungunsten begründet ist.[2]

Vergleicht man nun diese Gestaltung der unehelichen Vaterschaft und Kindschaft mit der im bisherigen Recht bestehenden, so ergibt sich: das B.G.B. hat einerseits die Zahl der rechtlichen Wirkungen der unehelichen Vaterschaft gegenüber dem gemeinen und preußischen Recht vermindert, denn die Wirkungen sind keine gegenseitigen Rechte und Pflichten, nur das Kind hat Rechte und der Vater Pflichten; es besteht auch keinerlei Erbrecht. Andrerseits hat das B.G.B. doch zu Gunsten des unehelichen Kindes die Feststellung der unehelichen Vaterschaft ganz außerordentlich erleichtert. Es hat die Empfängniszeit be-

---

[1] Vgl. hierzu das oben über „unechte Solidarschulden" Gesagte, Bd. I S. 417 § 72 Anm. 1.

[2] Ob nicht das Gebot der Rechtskraft für derartige Fälle einschränkend auszulegen sei, kann an dieser Stelle nicht untersucht werden. Jedenfalls werden alle derartigen Übelstände vermieden, sofern grundsätzlich der Klageantrag des unehelichen Kindes gegen seinen Erzeuger nur auf Gewährung des Unterhalts gerichtet wird, nicht auf Anerkennung der Vaterschaft, die im Sinne des B.G.B. kein vollwertiges Rechtsverhältnis ist, das eine richterliche Feststellung verdient. Ein in Breslau vom Amtsgerichte benutztes Klageformular, dessen Einsicht ich der Güte eines Praktikers verdanke, enthält in der Tat einen derartigen beschränkten Antrag.

deutend ausgedehnt, um volle 46 Tage,[1]) es hat ferner die Einreden gegenüber dem preußischen Recht außerordentlich eingeschränkt, und es hat auch die Möglichkeit mehrfacher Vaterschaft zugelassen. Endlich ist auch der Umfang der Unterhaltspflicht erheblich ausgedehnt worden. Nach preußischem Recht dauert die Unterhaltspflicht nur bis zum 14. Lebensjahre, nach dem B.G.B. bis zum 16.; und wenn das Kind bei Vollendung des 16. Lebensjahres gebrechlich oder erwerbsunfähig ist, verlängert sie sich, so lange die Gebrechlichkeit dauert. Außerdem bemißt sich der Alimentenanspruch des Kindes nach dem Stand der Mutter. Insofern liegt in den Hauptpunkten doch eine Verbesserung der Stellung unehelicher Kinder vor. Nur freilich geht sie nicht entfernt so weit wie die Petition der Frauenvereine es vom Reichstag verlangt hatte, und wie es namentlich auch Anton Menger gefordert hatte, der mit Feuer und Schwert zu Gunsten der unehelichen Kinder zu Felde gezogen war.[2]) Ob es gerechtfertigt gewesen wäre, diese Verbesserungen noch weiter auszudehnen, ist quaestio de lege ferenda, auf die nicht weiter einzugehen ist.

Eine Beschränktheit der Unterhaltspflicht ist allerdings auffallend. Sie soll bis zum 16. Lebensjahre dauern und zwar nach Maßgabe der Lebensstellung der Mutter. Hat die Mutter eine höhere Lebensstellung, so muß der Vater viel Alimente zahlen, auch wenn die Mutter inzwischen bereits gestorben ist. Dann ist es aber doch sehr hart, daß mit Zurücklegung des 16. Lebensjahres auf einmal das Kind den Unterhaltsanspruch verliert, denn in höheren Ständen ist das Kind mit dem 16. Lebensjahre noch keineswegs erwerbsfähig.

Es fragt sich endlich, wie ist beim Unterhaltsanspruch des Kindes der Klageantrag zu formulieren? Bisher formuliert man bekanntlich und tenoriert der Richter, daß der Beklagte für den Vater des am so und so vielten geborenen Kindes zu erklären ist. So darf künftig der Klageantrag und das Urteil nicht mehr lauten, denn der Schwängerer ist ja nicht mehr Vater im allgemeinen Sinne des Wortes. Er ist es nach § 1717 nur im Sinne von acht Paragraphen und nicht weiter. Also, da er nur relativer Vater ist, kann das Kind seinen Antrag nur entweder dahin richten, den Beklagten zur Gewährung des Unterhalts bis zum 16. Jahre schuldig zu erklären, m. a. W. die Feststellung der

[1]) § 15 des pr. Ges. v. 24. April 1854 (285—210) vgl. mit § 1592 B.G.B. (302—181).

[2]) Archiv für soziale Gesetzgebung Bd. 2 S. 39 ff.

Vaterschaft ganz bei Seite zu lassen — dann ist es eine rein obligatorische Klage —, oder den Beklagten 1. für den Vater des klagenden Kindes im Sinne der acht Paragraphen zu erklären, und demgemäß 2. für schuldig, dem Kinde den Unterhalt zu gewähren.[1]) Wenn das Kind dieses doppelte petitum stellt, liegt offenbar eine Klagenverbindung vor. Das erste petitum zeigt die Feststellungsklage an und das zweite die Leistungsklage. Wenn es so klagt, wird durch die Feststellungsklage natürlich zugleich eine Grundlage geschaffen für einen Anspruch der Erben des Kindes gegen den Vater auf Tragung der Beerdigungskosten; und zugleich auch eine Grundlage für ein Ehehindernis, so daß sich diese Formulierung wohl empfiehlt. Wenn das Kind statt dessen nur auf Gewährung des Unterhalts geklagt hat, m. a. W. für die Vaterschaft keine res judicata vorliegt, und später ein Ehehindernis in Frage kommt, z. B. weil die uneheliche Tochter, die geklagt hat, und ein ehelicher Sohn des Vaters sich heiraten wollen, so reicht zum Beweise des Ehehindernisses das bloße Anerkenntnis des Vaters nicht aus, denn das bedeutet ja nur einen Verzicht auf die exceptio plurium und ein Zugeständnis der Beiwohnung in der Empfängniszeit. Damit ist die Abstammung noch nicht erwiesen. Natürlich wäre immer noch eine Feststellungsklage der unehelichen Tochter gegen den Vater möglich. Aber gerade in dem Fall wird die Tochter sich wohl hüten, so zu klagen, weil sie damit ihre Ehe mit dem ehelichen Sohn des Vaters unmöglich macht. So erhebt sich die Frage, ob etwa umgekehrt der uneheliche Vater gegen die Tochter eine Feststellungsklage erheben könne, um damit das Ehehindernis ihr gegenüber zu rechtskräftiger Entscheidung zu bringen. Man kann darüber streiten. Da käme auf einmal eine Klage des Vaters gegen die Tochter zum Vorschein, von der das B.G.B. nichts sagt.

Aber wenn die Vaterschaft auch immer nur relativ ist, so ist sie doch ein Rechtsverhältnis. Es muß also auch eine Feststellungsklage geben nicht bloß für den einen, sondern auch für den andern Teil.[2]) Deshalb dürfte eine Klage des Vaters auf Feststellung dieses familienrechtlichen Verhältnisses zulässig bleiben. Ein Berliner Kollege, der das B.G.B. sehr gründlich studiert hat, bestritt mir das auf das Allerentschiedenste.[3]) Er meinte, daß nur eine Klage auf Unterhalt und

[1]) Das Erstere entspricht der in Breslau üblichen Praxis, vgl. oben.

[2]) Das ist gerade sehr zweifelhaft, vgl. oben S. 512 Anm. 1.

[3]) Auch ich halte es für zweifelhaft.

Beerdigungskosten gegen den Vater zugelassen sei. Außerdem könne der Vater, wenn er die Klage nicht erheben wolle, oder nicht erheben könne, dem Standesbeamten seine Vaterschaft zur Kenntnis bringen, und dann dürfe der Standesbeamte nach dem Personenstandsgesetz die Eheschließung nicht vornehmen, oder er müsse sie ablehnen, wie das B.G.B. sich ausdrückt. Er muß es der Braut, der er die Ehe verweigert, überlassen, eine negative Feststellungsklage gegen den außerehelichen Vater zu erheben.

Neben dem Anspruch des unehelichen Kindes bestehen auch noch Ansprüche der Mutter (§ 1715 und § 1716).[1]) Sie entstehen gerade wie schon nach preußischem Recht erst mit der Geburt des Kindes gegen dessen Vater, und zwar richten sie sich auf Entbindungs- und Sechswochenkosten, wie es jetzt schon das preußische Gesetz zu formulieren pflegt. Aber wenn infolge der Schwangerschaft oder der Entbindung weitere Aufwendungen notwendig geworden sind, geht die Klage auch auf die dadurch entstehenden Kosten (§ 1715). Bedürftigkeit der Mutter oder Leistungsfähigkeit des Vaters ist nicht erfordert, sondern die Tatsache der Entbindung berechtigt die Mutter zur Erhebung des Anspruches auf Ersatz jener Kosten. Ja der gewöhnliche Betrag dieser Kosten kann von der Mutter sogar ohne Rücksicht auf den wirklichen Aufwand verlangt werden (§ 1715 Abs. 1). Da haben wir die merkwürdige Erscheinung, daß die Mutter Ersatz von Kosten verlangen kann, die sie gar nicht gehabt hat. Wenn sie umsonst verpflegt worden ist, z. B. in einer Anstalt, von einem Arzt u. dergl. m., braucht sie bei ihrem Anspruch den wirklichen Aufwand nicht darzutun.

Es fällt auf, daß hier nicht wie im preußischen Gesetz auch die Taufkosten des Kindes miterwähnt sind. Der Grund für deren Weglassung ist der, daß man annahm, zur christlichen Erziehung des Kindes gehören die Taufkosten. Also bilden sie einen Bestandteil vom Unterhalt des Kindes und nicht einen Bestandteil vom Anspruch der Mutter. Darum sind sie beim Anspruch der Mutter gestrichen und beim Anspruch des Kindes gar nicht besonders erwähnt.

Da nun mit der Entbindung der Mutter deren Anspruch entsteht, so gilt er folgerichtig auch bei der Totgeburt des Kindes (§ 1715

[1]) Literatur bei Dernburg, Bürg. R. IV § 90 Anm. 3. Besondere Rechte stehen der Mutter nach Art. 210 E.G. da zu, wo sie, wie nach badischem Landesrechte, bisher gesetzliche Vormünderin war, Entsch. d. R.G. Bd. 48 Nr. 79 S. 356; vgl. auch noch § 826 und dazu Dernburg a. a. O. S. 292.

Abs. 2), denn auch von einem totgeborenen Kinde wird die Mutter entbunden. Es ist schon jetzt eine Kontroverse, ob, wenn sie eine Fehlgeburt tut, man dann auch von einer Entbindung reden könne. Fraenkel und die Motive verneinen dies, anders Mantey und Opet.[1]) Ich würde auch meinen, daß man entweder die Fehlgeburt mit unter die Entbindungen zu stellen hat, oder mindestens kraft Analogie, was bei der Totgeburt gilt, auch für die Fehlgeburt gelten läßt, also den Anspruch der Mutter auf die Kosten anerkennt.

Ersetzt werden müssen z. B. auch die Aufwendungen, die infolge des Verlustes der bisherigen Lebensstellung zur Erlangung einer neuen notwendig geworden sind. Also etwa die Kosten für Zeitungsannoncen, für Vermittelungsgebühren u. dergl. m. Dagegen kann die Mutter nicht Ersatz des lucrum cessans verlangen. Wenn sie z. B. Schauspielerin, Sängerin u. dergl. m. und nun wegen vorgerückter Schwangerschaft entlassen worden ist, so kann sie von dem Schwängerer nicht Ersatz des Gehalts verlangen, daß sie ohne die Schwangerschaft verdient haben würde. Das wäre ja lucrum cessans.[2])

Ebenso wenig ist ihr, respektive ihren Erben irgend wo ein Anspruch auf Beerdigungskosten beigelegt. Das ist eigentlich auffallend. Wenn er beim Kinde anerkannt ist, müßte doch der Schwängerer auch die Mutter, die infolge der Schwängerung oder der Entbindung stirbt, beerdigen lassen. Aber das ist nicht aufgenommen.

Nach § 1715 Abs. 3 ist eine kurze Verjährung des Anspruches von vier Jahren statuiert. Immerhin dauert der Anspruch der Mutter länger als nach preußischem Recht, wo er schon nach zwei Jahren erlosch. Und zwar beginnt diese Frist nach Ablauf von sechs Wochen seit der Geburt des Kindes.

Eine ganz besondere Begünstigung des Kindes und der Mutter enthält § 1716. Auf ihren Antrag kann schon vor der Geburt des Kindes durch einstweilige Verfügung des Gerichts angeordnet werden,

---

[1]) Vgl. die Zitate bei Opet, Verwandtschaftsrecht S. 405 Anm. 2. Auch Dernburg a. a. O. S. 293 verneint den Anspruch bei Fehlgeburt. Ich möchte mich Eck anschließen, weil die Geburt auch in diesem Falle ein nicht Lebendes zur Welt bringt und Gründe einer verschiedenen Behandlung der beiden Fälle sich kaum finden lassen.

[2]) Dieser Anspruch auf entgangenen Arbeitsverdienst wird in der Literatur vielfach behandelt und verschieden beurteilt, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 90 Anm 5 S. 293. Der Gesetzestext rechtfertigt ihn nicht.

daß der Vater den Unterhalt für die ersten drei Monate und den gewöhnlichen Betrag der Kosten für die Mutter alsbald nach der Geburt zahlen und schon vor der Geburt hinterlegen soll. Dabei braucht eine Gefährdung des Anspruchs von der Mutter oder dem Kinde nicht glaubhaft gemacht zu werden, sondern bloß der Anspruch, wie a contrario argumentiert werden muß.

Die juristische Konstruktion dieses Anspruches bereitet ganz ungewöhnliche Schwierigkeiten, namentlich des Anspruches für das Kind. Wir haben da die Sicherung einer erst zukünftigen Forderung und mehr noch, die Sicherstellung der Forderung einer künftigen Person, einer Person, deren Geburt man erst erhofft oder, richtiger gesprochen, befürchtet. Sicherheit soll dadurch, daß für das Kind hinterlegt wird, gewährt werden. Da bekommen wir einen Hinterlegungs- oder Verwahrungsvertrag für ein zukünftiges Subjekt, dessen Existentwerden überhaupt einstweilen noch ungewiß ist. Das ist das Hauptargument für die Behauptung Hachenburgs,[1]) es ließe sich nach dem B.G.B. gar nicht aufrecht erhalten, daß die Persönlichkeit erst mit der vollendeten Geburt beginnt. Hier haben wir offenbar ein Rechtssubjekt vor der Geburt.[2])

Jene Glaubhaftmachung der Vaterschaft ist natürlich eine recht unsichere, da der Tag der Geburt einstweilen ganz unbekannt ist. Allerdings muß die Geschwängerte die Empfängniszeit, in der sie mit dem in Anspruch Genommenen konkumbiert haben will, bestimmt angeben und den dieser Empfängniszeit entsprechenden Zeitpunkt der bevorstehenden Geburt wenigstens wahrscheinlich zu machen haben.

Von der anderen Seite kann der Beklagte auch eine Verteidigung vornehmen etwa durch Vorschützung der Einrede mehrerer. Aber dann hat diese Einrede wieder besondere Schwierigkeiten, da der Tag der Geburt noch ungewiß ist.

Fällt schließlich die Geburt auf einen anderen Zeitpunkt, als den die Mutter berechnet hatte, so kann damit ohne weiteres die Anfechtung ihrer Ansprüche gegeben sein, und die Hinterlegung kann ihren Grund verlieren.

Streitig ist auch beim Anspruch der Mutter das Prinzip, auf welches der Anspruch zu gründen ist. Im gemeinen Recht ist hier

[1]) Vorträge S. 68.

[2]) das aber nicht in jeder Hinsicht rechtsfähig und darum kein wahres Rechtssubjekt ist.

die Deliktstheorie viel eher zu rechtfertigen, als beim Anspruch des Kindes, weil nämlich das gemeine Recht den Anspruch der Mutter durch die Defloration der Mutter entstehen läßt, und man in der Defloration der Mutter ein Delikt gegen sie wohl finden kann. Aber das B.G.B. knüpft gar nicht an die Defloration an, sondern wie das preußische Recht an die Entbindung. Also wird man die Deliktstheorie auch zur Rechtfertigung des mütterlichen Anspruches nicht benützen können. Vielmehr ist zu sagen, daß die Geschlechtsverbindung zwischen der Mutter und dem Manne ein Analogon des ehelichen Verhältnisses in der Beiwohnung bildet und daß erst mit Hinzukommen der Entbindung zu jenem Geschlechtsverkehr eine Ersatzpflicht nach dem B.G.B. entsteht.[1]) Opet sagt nicht mit Unrecht, es gehe das[2]) auf die mittelalterliche Anschauung zurück, daß erst die Ehe, aus der ein Kind geboren wird, als vollgiltig anzusehen sei. Er will diesen Anspruch der Mutter auf Ersatz jener Kosten auch als einen Unterhaltsanspruch charakterisieren und zieht daraus sehr erhebliche Konsequenzen. Wenn es ein Unterhaltsanspruch ist, so kann er nach der C.P.O. nicht gepfändet werden, und weil er nicht pfändbar ist, kann er von der Mutter nicht abgetreten werden. Ferner gilt keine Aufrechnung dagegen, weil die überhaupt gegen Unterhaltsansprüche ausgeschlossen ist usw. Aber wenn das B.G.B. hier von Kostenersatz spricht, kann man das doch nicht gut in einen Unterhaltsanspruch mit so weitgehenden Konsequenzen umdeuten. Das B.G.B. hätte den Ausdruck Unterhaltsanspruch brauchen müssen, wenn es alle jene Eigentümlichkeiten der Unterhaltsansprüche hierher hätte übertragen wissen wollen.

c) Legitimation unehelicher Kinder.[3])

§ 70.

Diese kann wie im gemeinen und preußischen Recht auf zwei Wegen erfolgen:

---

[1]) Verwandtschaftsrecht S. 409 Anm. 26. Auch hier dürfte das oben Gesagte (S. 509 Anm. 2) in entsprechender Weise passen. Die Ähnlichkeit der Beziehungen zwischen Erzeuger und Mutter und der wirklichen Ehe ist eine sehr entfernte, wenn auch der bekannte Ausdruck affinitas illegitima zu der Annahme eines derartigen matrimonium illegitimum verleitet. M. E. liegt eine actio quasi ex delicto vor, d. h. ein Anspruch, der im einzelnen Falle kein Delikt erfordert, dessen Anerkennung durch Gesetz aber dieselben Ziele anstrebt, wie die Gewährung der Deliktsklagen.

[2]) D. h. das letztgenannte Erfordernis des Anspruches.

[3]) Literatur bei Dernburg, Bürg. R. IV § 91 Anm. 1.

1. durch nachfolgende Ehe, per subsequens matrimonium (§§ 1719—1722);

2. durch Ehelichkeitserklärung. Das entspricht natürlich dem gemeinrechtlichen rescriptum principis (§§ 1723—1740), ad 1. eine Ehe, welche die Mutter nach der Geburt des Kindes mit dem Vater schließt, gibt dem Kinde die rechtliche Stellung eines ehelichen, alle Rechte und Pflichten eines solchen (§ 1719). Das Verhältnis ist ein gegenseitiges; und nicht bloß zwischen Vater und Kind sondern auch gegen dritte Personen werden diese Rechtsbeziehungen begründet: gegen die Eltern, gegen die Kinder derselben, etwa aus einer früheren Ehe u. dgl. m. Auch hier gilt der Ehemann als Vater des Kindes kraft seiner Beiwohnung in der Empfängniszeit (§ 1720). Eine Ausnahme ist nur gemacht bei offenbarer Unmöglichkeit einer Kausalität jener Beiwohnung. Aber auch hier wird die offenbare Unmöglichkeit von demjenigen, der sie behauptet, zu beweisen sein, sobald nur die Beiwohnung zwischen dem Manne und der Mutter innerhalb der Empfängniszeit feststeht. Eine besondere Anerkennung des Kindes durch den Ehemann ist auch im B.G.B. nicht erforderlich, wie schon im preußischen Recht. Wenn aber die Anerkennung des Ehemanns in einer öffentlichen Urkunde ausgesprochen ist,[1]) ersetzt sie den Beweis und begründet die Vermutung, daß er der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe (§ 1720 Abs. 2).

Die praktische Konsequenz, die man erzielen wollte ist die, daß diese Vermutung widerlegbar bleibt. Und zwar ist sie widerlegbar nicht bloß durch den Ehemann, wie bei der Ehelichkeit, sondern ebenso gut durch das Kind selber und auch durch dritte Personen. Dagegen genügt nicht zur Widerlegung jener Vermutung der Beweis der constupratio plurium. Dadurch wird nicht die Möglichkeit der Vaterschaft des Ehemanns widerlegt, und solange die Möglichkeit besteht, wird eben vermutet, daß der Ehemann auch Vater sei. Wenn daher bereits ein Dritter von dem unehelichen Kinde mit der Feststellungsklage als Vater verklagt und rechtskräftig verurteilt ist, so hindert das immer noch nicht die Wirksamkeit der Legitimation. Erkennt der Ehemann die Beiwohnung mit der Mutter innerhalb der Empfängniszeit an, so wird das Kind damit ein eheliches, und dann hat es eben zwei Väter: einen unehelichen, der durch Klage und Urteil festgestellt ist und einen ehelichen

[1]) Näheres hierüber bei Dernburg a. a. O. § 91 Anm. 8, 10.

kraft Legitimation.[1]) Wenn die Widerlegung von niemanden unternommen wird, weder vom Ehemann, der vielleicht sogar seine Vaterschaft anerkannt hat, noch von einem andern, so bleibt es bei der Vermutung für die Vaterschaft, obwohl vielleicht ein Beischlaf gar nicht stattgefunden hat oder gar nicht stattfinden konnte, weil etwa der Ehemann in der Empfängniszeit in Afrika reiste, während die Mutter in Berlin war u. dgl. m. Hier kommt wieder dieser favor legitimatis zum Vorschein, den man beinahe einen wahren furor legitimatis nennen möchte. Gegen die offenkundigsten Tatsachen kann hiernach der Ehemann seine Vaterschaft durchsetzen und das muß respektiert werden.

Dem Abkömmling des unehelichen Kindes kommt die Eheschließung der Eltern seines Vaters ebenfalls zu Gute (§ 1722). Auch dann, wenn das uneheliche Kind selber sie gar nicht erlebt hat, wenn es vor der Eheschließung seiner Eltern gestorben ist. Dann wird dieser Enkel legitimiert, obwohl die Zwischenperson, die zwischen ihm und den eheschließenden Eltern stand, die Legitimation nicht erlebt hat. Ist die Ehe der Eltern nichtig, so finden die Vorschriften für Putativehen Anwendung (§ 1721).

2. Neben dieser Legitimation kennt das B.G.B. eine Ehelichkeitserklärung durch Verfügung der Staatsgewalt. Die Staatsgewalt ist die des Bundesstaates, dem der Vater angehört (§ 1723 Abs. 2). Also die Landesregierung dieses Bundesstaates kann die Ehelichkeit aussprechen und ein Gesetz soll nicht erforderlich sein, wie jetzt in manchen Ländern. In Preußen würde demnach das Justizministerium auch künftig die Ehelichkeitserklärung zu erlassen haben.[2]) Bei einem Deutschen, der keinem Bundesstaate angehört, ist auch hier der Reichskanzler für zuständig erklärt.

Bemerkenswert ist, daß eine Versagung der Ehelichkeitserklärung auch ohne gesetzliches Hindernis zulässig ist (§ 1734). Damit charakterisiert sie sich als eine Art Gnadensache der Staatsgewalt. Nur wenn man sich das gegenwärtig hält, erklären sich gewisse Sätze, die sonst auffallend erscheinen, da sie die Ehelichkeitserklärung in sehr weitem Maße zulassen. Es geschieht das eben in dem Vertrauen, daß nötigenfalls die Landesregierung die Ehelichkeitserklärung im konkreten Falle versagen werde.

[1]) Über den Ausweg aus diesem Mißstande vgl. oben S. 514 Anm. 2.

[2]) Vgl. Fischer-Henle Anm. 6 zu § 1723.

Zu dieser Ehelichkeitserklärung ist im allgemeinen erforderlich, daß der Vater den Antrag stellt und das Kind als das seinige anerkennt. Das ist zulässig und ausreichend auch dann, wenn eine nachfolgende Ehe geschlossen werden könnte, der Vater aber keine Lust hat, die Mutter eines unehelichen Kindes zu heiraten. Das entspricht auch dem preußischen Recht.[1]) Justinian verpönt das auf das allerstrengste:[2]) Wenn jemand in einem solchen Falle heiraten kann, sollte er es auch tun.

Die Ehelichkeitserklärung ist auch, was im gemeinen Recht lange bestritten war, bei adulterini, bei Kindern, die im Ehebruch erzeugt waren, möglich,[3]) ja sie ist auch nicht bedingt dadurch, daß das Anerkenntnis der Kinder durch den angeblichen Vater der Wahrheit entsprach. Das drückt das B.G.B. mit großer Offenheit im § 1735 aus. Indessen wenn der Vater von vorn herein erklärt: Ich erkenne das Kind an, obwohl ich es nicht erzeugt habe, so wird wohl die Staatsregierung die Ehelichkeitserklärung verweigern. Spricht der Vater das aber nicht aus, so wird die Ehelichkeitserklärung nicht gehemmt dadurch, daß seine Anerkennung eine Lüge ist.

Dagegen ist die Ehelichkeitserklärung nicht zulässig, wenn zur Zeit der Erzeugung der Kinder die Ehe zwischen Vater und Mutter wegen Verwandtschaft oder Schwägerschaft nach § 1310 Abs. 1 unmöglich war (§ 1732).

Bei liberi incestuosi, Kindern, die in Blutschande erzeugt sind, ist also allerdings die Ehelichkeitserklärung ausgeschlossen. Zu jener Erklärung des Vaters, daß er das Kind anerkenne, und die Ehelichkeitserklärung beantrage, muß nach § 1726 die Einwilligung verschiedener Personen hinzukommen,

a) die Einwilligung des Kindes selber, und wenn es geschäftsunfähig oder unter 14 Jahren ist, die seines gesetzlichen Vertreters (§ 1728 Abs. 2).

b) Bei Kindern unter 21 Jahren auch eine Einwilligung der Mutter.

c) Wenn der Vater, der legitimieren will, verheiratet ist, auch die Einwilligung seiner Frau. Die Motive sagen, die Ehelichkeitserklärung

[1]) §§ 601 ff. A.L.R. II, 2.

[2]) Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten, 8. Aufl., § 522 Anm. 4 Bd. III S. 89.

[3]) Verworfen ist die sog. fictio retrotractiva, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 92 S. 299.

eines Kindes begründe ein so nahes Verhältnis des Ehemannes zu ihm, daß er sie ohne Einwilligung der Frau nicht vornehmen dürfe.

Von der Einwilligung ad b) und ad c) kann aber abgesehen werden, wenn die Mutter zur Erklärung dauernd außer Stande oder ihr Aufenthalt dauernd unbekannt ist.

Die Einwilligung der Mutter des Kindes kann nötigenfalls auch vom Vormundschaftsgericht ersetzt werden (§ 1727). Übrigens bedarf diese Einwilligung und auch der Antrag des Vaters der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 1730).

Stirbt das Kind, so ist die Ehelichkeitserklärung nicht mehr zulässig (§ 1733). Dagegen wenn der Vater stirbt, so ist sie wenigstens dann noch zulässig, wenn er den Antrag bereits eingereicht, oder das Gericht resp. den Notar mit der Einreichung des Antrags an die zuständige Staatsbehörde betraut hatte.

Die Wirkung der Ehelichkeitserklärung ist, daß das Kind die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes erlangt mit gegenseitigen Rechten und Pflichten (§ 1736). Aber auch für die Abkömmlinge des Kindes inklusive der bereits geborenen ist die Legitimation wirksam (§ 1737). Das verhält sich bei der Adoption umgekehrt.[1]) Der Gedanke ist, daß die Abkömmlinge zufrieden sein könnten, wenn ihr Vater resp. ihre Mutter in eheliche Kinder umgewandelt werden. Aber nicht wirksam ist die Legitimation für die Verwandten des Vaters (§ 1737).

Es soll heißen: Durch die Ehelichkeitserklärung entstehen keine unmittelbaren Beziehungen zwischen dem Kinde und den Verwandten des Vaters. Das Kind bekommt also keine Unterhaltsansprüche und kein Erbrecht. Aber mittelbar können die Verwandten des Vaters sehr stark in ihren Rechten berührt werden dadurch, daß das legitimierte Kind gegen den Vater die Rechte eines ehelichen bekommt, vor allen Dingen im Erbrecht. Die Kinder, die der Vater schon aus einer früheren Ehe hat, werden in ihren Erbteilen und Pflichtteilen geschmälert. Andere Verwandte können sogar ausgeschlossen werden. Die Eltern des Vaters verlieren ihr Erbrecht ganz.

Man muß also die Worte „sie erstrecken sich nicht auf die Verwandten des Vaters", cum grano salis verstehen.

Ebenso ist die Anwendung des § 1737 Abs. 2 nur mit Vorsicht möglich. Da ist gesagt: „Die Rechte und Pflichten, die sich aus dem

[1]) sofern nicht die vorhandenen Abkömmlinge dem Vertrage beitreten, § 1762.

Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Kinde und seinen Verwandten ergeben, bleiben unberührt, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt." Da der Vater gegen das legitimierte Kind ein Erbrecht und ein Pflichtteilsrecht bekommt, so werden auch hier die Verwandten des Kindes dadurch sehr stark berührt; z. B. die Mutter des Kindes bekommt durch die Ehelichkeitserklärung einen gleichberechtigten Miterben in der Person des Vaters und die mütterlichen Großeltern werden durch den pater legitimator vom Erbrecht ganz ausgeschlossen. Ebenso kann die Ehelichkeitserklärung halbbürtigen Geschwistern sehr fühlbar werden.

Endlich, da der Vater die elterliche Gewalt über das Kind bekommt, treten hier alle Wirkungen ein, die an die Kindschaft geknüpft sind. Es folgt von selber, daß die Mutter das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, verliert (§ 1738). Für das Vermögen des Kindes hatte die uneheliche Mutter ohnehin schon nicht zu sorgen. Darum redet auch § 1738 bloß von dem Recht und der Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen. Andrerseits wird der Vater natürlich auch unterhaltspflichtig gegen das Kind und zwar an erster Stelle (§ 1739). „Der Vater ist dem Kinde und dessen Abkömmlingen von der Mutter und den mütterlichen Verwandten zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet."

Wenn der pater legitimator nunmehr heiraten will, wird er so behandelt, als ob dies dem Kinde gegenüber seine zweite Ehe wäre, während er vielleicht in noch gar keiner gelebt hat. Er muß sich daher mit dem Kinde auseinandersetzen. Er muß auch seine Absicht dem Vormundschaftsgericht anzeigen, ein Inventar vom Vermögen des legitimierten Kindes einreichen u. dgl. m.

d) Annahme an Kindesstatt.[1])

§ 71.

Die Annahme an Kindesstatt, wie fortan etwas schleppend für Adoption gesagt werden soll, ist im B.G.B. fast übermäßig ausführlich behandelt gegenüber ihrer verhältnismäßig seltenen Anwendung (§§ 1741—1772). Sie ist nicht, wie im römischen Recht, ein Mittel zur Begründung der väterlichen Gewalt, ein Mittel, um den Eintritt

[1]) Literatur s. bei Dernburg, Bürg. R. IV § 93 Anm. 1, § 94 Anm. 1.

des Kindes in den Agnatenverband herbeizuführen, nicht einmal, wie nach manchen Gesetzbüchern ein Mittel zur Fortpflanzung des Namens des Adoptivvaters, sondern, wie im preußischen Recht, als Ersatz für leibliche Nachkommenschaft gedacht oder, wie ein Autor sich ausdrückt: als eine künstliche Gewährung der elterlichen Freuden.[1])

Aus dieser Grundidee ergeben sich allerlei wichtige Konsequenzen.

a) Die Adoption ist darum, anders als im römischen Recht, aber übereinstimmend mit dem preußischen Recht, nicht bloß Männern gestattet, sondern auch Frauen (§ 1740). Auch ein Ehepaar kann jemand als gemeinschaftliches Kind annehmen.

b) Die Adoption ist immer nur demjenigen gestattet, der keine eheliche Abkömmlinge hat. Das bestimmt schon das preußische Recht.[2]) Dagegen bilden Adoptivkinder kein Hindernis. Die Motive meinen, man müsse die Wohltat der Adoption nicht einschränken. Darum kann derjenige, der schon ein Adoptivkind hat, neue adoptieren, auch wenn die erbrechtlichen Hoffnungen des ersten Adoptivkindes dadurch arg getäuscht werden. Das Vorhandensein eines ehelichen Kindes schließt die Adoption aus, selbst wenn dieses eheliche Kind vielleicht den väterlichen Namen abgelegt hat und von einem andern adoptiert worden ist. Der Vater möchte nun seinen Namen gern fortpflanzen, sein einziger Sohn führt aber seinen Namen nicht mehr. Trotzdem kann er nicht zur Fortpflanzung seines Namens jemand adoptieren; denn es ist ja ein eheliches Kind da. Wenn er durchaus seinen Namen fortpflanzen will, so kann er höchstens ein Frauenzimmer mit unehelichen Kindern heiraten und diese als die seinigen anerkennen. Dann bekommen diese die Stellung ehelicher. Natürlich wird das nicht jedermanns Sache sein.

c) Die Adoption ist nur dem gestattet, der mindestens 50 Jahre alt ist und 18 Jahre älter als das anzunehmende Kind. Hier bricht der römische Satz durch: adoptio naturam imitatur. Der Vater muß auch eigene Nachkommen wegen zu hohen Alters nicht mehr zu erwarten haben. Von diesem Requisit kann indessen dispensiert werden (§ 1745).

d) Wenn der Adoptant einen Gatten hat, so kann er die Adoption nur mit dessen Einwilligung vornehmen (§ 1746). Das preußische

[1]) Über die Anlehnung des B.G.B. an das preußische Recht vgl. Dernburg, Bürg. R. IV S. 303.

[2]) § 671 A.L.R. II, 2.

Recht reserviert der Ehefrau bekanntlich nur ein unverkürztes Pflichtteilsrecht.[1]) Das ist im B.G.B. etwas schicklicher ausgedrückt.[2])

Die Einwilligung des Gatten ist ebenso erforderlich, wenn der andere Gatte sich adoptieren lassen will. Zur aktiven wie zur passiven Adoption muß der Gatte des Adoptionslustigen einwilligen.

Von der Adoption sind uneheliche Kinder nicht ausgeschlossen, wie nach manchen Gesetzbüchern. Also können sowohl der Vater als auch die Mutter ihre unehelichen Kinder adoptieren statt sie zu legitimieren.

Die Motive[3]) sagen, das sei ein ganz zweckmäßiger Weg. Einmal tilge die Mutter dadurch den Makel der Unehelichkeit, wenn sie ihre eigenen leiblichen Kinder adoptiert und außerdem bringt ihr die Adoption unter Umständen die elterliche Gewalt, die sie als uneheliche Mutter nicht hat. Es ist also wohl möglich, daß die Adoption unehelicher Kinder durch die Mutter künftig häufiger wird.

Die Form für die Adoption ist stets ein Vertrag zwischen dem Annehmenden und dem Kinde und zwar vor Gericht oder Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile (§ 1750 Abs. 2). Also ist die schärfste Form vorgeschrieben. Außerdem aber muß die Bestätigung durch das zuständige Gericht hinzukommen (§ 1741). Diese Bestandteile der Form sind merkwürdig getrennt, § 1741 nimmt vorweg die Bestätigung durch das zuständige Gericht und § 1750 erwähnt den Vortrag vor Gericht oder Notar hinterher. Die Fassung ist beabsichtigt. Die Bestätigung kann nur vom zuständigen Gericht ausgehen, in dessen Bezirk der Mann seinen Wohnsitz hat. Dagegen kann der Vertrag geschlossen werden „vor Gericht", also auch vor einem unzuständigen, das aber die Sache zur Bestätigung an das zuständige Gericht abgeben muß.

Die Bestätigung darf nur versagt werden, wenn ein gesetzliches Hindernis besteht. Also ist sie nicht wie bei der römischen arrogatio[4]) die Prüfung der Angemessenheit der Adoption im Interesse des Kindes.

[1]) § 676 A.L.R. II, 2 spricht von dem Erbrechte der Frau, nicht unmittelbar vom Pflichtteilsrechte.

[2]) Es liegt hier doch wohl mehr vor, als eine bloße Verschiedenheit des Ausdruckes.

[3]) IV S. 966 ff. Es liegt hier wohl ein Zugeständnis an diejenigen Volkskreise vor, die einen außerehelichen Geschlechtsverkehr und dessen Folgen minder strenge beurteilen. Literatur bei Dernburg, Bürg. R. IV § 94 Anm. 10.

[4]) Auch von der adoptio eines gewaltunterworfenen Kindes heißt es, daß sie imperio magistratus geschehe. Inst. I, 11 § 1.

Vielmehr dient die Bestätigung nur zur Verhütung unbilliger Adoptionen. Ob sie nun angemessen erscheinen oder nicht, das Gericht hat sie, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind, zu bestätigen.[1])

Daß nicht aus Eigennutz und sonstigen verwerflichen Motiven adoptiert werde, soll durch andere Bestimmungen erzielt werden. Bei Kindern unter 21 Jahren ist die Einwilligung der Eltern, bei unehelichen Kindern unter 21 Jahren die Einwilligung der Mutter zur Adoption erforderlich (§ 1747).[2])

Suarez sagt, es würde ganz wider den Respekt sein, wenn ein volljähriges Kind ohne Einwilligung der Eltern sich adoptieren lassen wollte. Das erkennt das B.G.B. nicht mehr an.[3])

Jede Einwilligung muß gerichtlich oder notariell beurkundet sein (§ 1748 Abs. 3).

Der Annahmevertrag kann nicht durch einen Vertreter geschlossen werden, außer für ein Kind unter 14 Jahren (§ 1750). Perfekt ist die Adoption mit der Bestätigung, aber bindend ist der Adoptionsvertrag auch schon vor der Bestätigung (§ 1754). Diese Bestätigung besteht nach dem Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit § 67 in der amtlichen Bekanntmachung der Bestätigung an den Annehmenden, während das in Kochs Kommentar für das preußische Recht anders entschieden ist.[4]) [5])

Die Adoption hat die Folge, daß der Angenommene die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Adoptanten resp. wenn ein Ehepaar adoptiert hat, der beiden Ehegatten erlangt (§ 1757). Daran knüpft § 1758 die Folge, daß das Kind auch den Familiennamen des Annehmenden erhält; und wenn es von einer Frau angenommen wird,

---

[1]) Dies ist sehr gefährlich. Man denke z. B. an die Adoption von Töchtern durch einen notorischen Kuppler, an eigennützige Adoptionen zu dem Zwecke billige Arbeitskräfte zu gewinnen, wie mir eine solche in Frankfurt a. O. in der Praxis entgegengetreten ist, u. dgl.

[2]) Dieser Schutz genügt in der Regel, aber nicht immer.

[3]) Ein Seitenstück der entbehrlichen elterlichen Zustimmung zur Ehe nach § 1305 vgl. Suarez in Kochs Kommentar zu § 679 A.L.R. II. 2.

[4]) Anm. 2 zu § 666 A.L.R. II, 2.

[5]) Die unbedingte Anfechtbarkeit des bestätigten Annahmevertrags bestreitet Dernburg, Bürg. R. IV § 94 S. 307 aus Gründen, welche m. E. nur de lege ferenda, nicht de lege lata zwingend sind. Bedenken erweckt freilich das Gesetz betr. die freiw. Gerichtsb. § 68 Abs. 1.

deren Jungfernnamen. Es ist aber nicht bestimmt, daß diese Namensänderung auch in das Standesregister eingetragen werden müßte, sondern es bleibt einstweilen § 26 des Personenstandsgesetzes maßgebend, wonach der Standesbeamte nur auf Antrag die Eintragung in das Register vorzunehmen hat. Der Gesetzgeber vertraut darauf, daß sich ein Interessent finden werde, der den Antrag stellt.

Bekanntlich ist es schon jetzt eine lebhafte Kontroverse, ob mit dem Familiennamen des Annehmenden auch der adlige Name auf den Adoptierten übergeht. Landgerichtsrat Frhr. v. Bülow hat zuerst die Frage in der Juristenzeitung 1896 S. 432 ff. angeschnitten. Er behauptet, daß das Adelsprädikat Bestandteil des Namens sei, also der adlige Name mit übergehe. Dagegen wird von anderer Seite, namentlich von Küntzel, Mantey u. A. m. lebhafter Widerspruch erhoben.[1]) Es wiederholen sich hier die früheren Erwägungen, die wir bei der Namensverleihung eines Ehemanns an die vorehelichen Kinder seiner Frau angestellt haben. Die Vorfrage ist, ob man das Adelsprädikat lediglich als Bestandteil des Namens faßt oder als Standesabzeichen. M. E. hat es die letztere Bedeutung und eben darum geht es nicht mit über. Daß der Adel nicht mit übergeht, ergibt sich aus dem öffentlichen Recht, das durch das B.G.B. nicht modifiziert wird. Der Streit kann sich also vernünftigerweise nur um das Adelsprädikat und nicht um den Übergang des Adels als Stand drehen.

Wenn nun der Einwand erhoben wird, daß, wenn das Prädikat nicht als Namensbestandteil gefaßt werde, es hier auch keine Klage aus dem Namensrecht gäbe, die doch praktisch unentbehrlich sei, so wird dagegen zu sagen sein: Das Adelsprädikat bezeichnet auch die Zugehörigkeit zur Familie; und selbst wenn man es nicht zum Namen zählt, so wird doch die Namensklage ebenso gut wie auf den Namen im engeren Sinne auch auf die übrigen Kennzeichen der Zugehörigkeit zur Familie erstreckt werden müssen.

Das Kind darf den neuen Namen seinem früheren Familiennamen hinzufügen (§ 1758 Abs. 2). Also muß künftig der neue Name nachstehen. Darin herrschte bis jetzt große Willkür. Das hatte das Kind ganz in seinem Belieben. Merkwürdigerweise ist auch hier nicht vorgeschrieben, daß diese Namenswahl von der zuständigen Behörde erklärt

[1]) Genauere Literaturangaben s. bei Opet, Verwandtschaftsrecht S. 343 § 29 Anm. 22. Gegen die von Eck angefochtene Ansicht auch Dernburg, Bürg. R. IV § 95 Anm. 4 gemäß Anhang § 100 zu A.L.R. II, 2, § 667.

oder in das Standesregister eingetragen werden müßte. Das Kind kann den Namen annehmen, ohne daß es irgendwie beurkundet zu werden braucht „insofern nicht in dem Annahmevertrag ein Anderes bestimmt ist" (§ 1758 Abs. 2). Was darunter zu verstehen ist, ist strittig. Der Adoptivvater kann in dem Annahmevertrag zunächst vorschreiben, daß das Adoptivkind keinen solchen Zusatz annehmen soll, wenn er z. B. seinen Namen in alter Form unverändert fortpflanzen will. Umgekehrt kann aber auch im Adoptivvertrag ausbedungen werden, daß das Kind seinen früheren Namen hinzusetzt. Wenn z. B. eine unverheiratete Dame ein Kind adoptiert, so ist es ihr vielleicht unangenehm, daß das Kind lediglich ihren Namen bekommt, denn dann sieht es so aus, als wäre es ein uneheliches Kind. Wenn dagegen das Kind seinen früheren Namen hinzufügen muß, so gibt es sich schon äußerlich gleich als adoptiertes kund.

Da der Annehmende die elterliche Gewalt bekommt kraft der Rechtsstellung des Adoptivkindes als ehelichen, so hat er auch die Verwaltung des Kindesvermögens und auch im Zweifel die Nutznießung.

Folgende Sicherheitsvorschriften sollen einen Mißbrauch verhüten. Der Annehmende muß auf seine Kosten ein Inventar vom Kindesvermögen aufnehmen und dem Vormundschaftsgericht einreichen (§ 1760). Wenn er eine spätere Ehe eingehen will, muß er sich mit dem Adoptivkinde auseinandersetzen (§ 1760). Dem Adoptivkinde gilt er gewissermaßen als verheiratet oder verheiratet gewesen. Die Hauptbeschränkung aber ist, daß nach § 1759 niemals ein Erbrecht für den Erwerber der väterlichen Gewalt begründet wird. Unter keinen Umständen kann er gesetzlicher Erbe des Adoptivkindes werden. Durch den Annahmevertrag kann sogar auch das Nutznießungsrecht des Annehmenden ausgeschlossen werden, andrerseits freilich auch das Erbrecht des Adoptivkindes (§ 1767), was wohl vorkommen kann, wenn es sich eben nur darum handelt, den Namen fortzupflanzen.

Über die Person der Vertragschließenden hinaus erstrecken sich die Wirkungen auch auf die Abkömmlinge des Kindes (§ 1762). Dadurch erzielt der Annehmende eine Fortpflanzung seines Namens, indem gleich die zweite Generation seinen Namen mitbekommt. Jedoch nicht ohne weiteres ist das der Fall für ein zur Zeit der Annahme bereits vorhandenes Kind des Angenommenen oder für die Abkömmlinge dieses Kindes, sondern nur dann, wenn der Annahmevertrag auch mit diesem schon vorhandenen Kinde abgeschlossen worden ist.

Soweit sich die Wirkungen der Annahme auf Abkömmlinge mit erstrecken, ist der Annehmende folgerichtig diesen auch zur Unterhaltsgewährung verpflichtet und zwar vor den leiblichen Verwandten des Kindes (§ 1766).

Indessen tritt trotz aller dieser Wirkungen das Kind nicht, wie man meinen möchte, in die Familie des Annehmenden ein (§ 1763), ebensowenig wie im preußischen Recht § 708 II 2.

Die Wirkungen erstrecken sich nicht auf dessen Verwandte, z. B. nicht auf die Kinder, die ihm nachträglich noch geboren werden. Auch der Ehegatte des Annehmenden wird mit dem Kinde nicht verschwägert und umgekehrt der Ehegatte des Kindes wird nicht mit dem Annehmenden verschwägert. Also aus dieser Verneinung der Verschwägerung und damit des Ehehindernisses folgt, daß z. B. der Witwer die Adoptivtochter seiner verstorbenen Frau heiraten kann; denn er war mit ihr nicht in gerader Linie verschwägert.

Folgerichtig werden auch die Rechte und Pflichten des Kindes gegenüber seinen leiblichen Verwandten durch die Adoption nicht berührt (§ 1764). Sein Erbrecht gegenüber der leiblichen Familie bleibt bestehen. Er kann also durch die Adoption keinerlei Verlust erleiden, es bekommt noch ein Erbrecht durch den Adoptivvater hinzu und kann nunmehr zwei Väter beerben.[1]) Nur die elterliche Gewalt geht den leiblichen Eltern verloren und der unehelichen Mutter des Adoptivkindes auch das Recht und die Pflicht für dessen Person zu sorgen (§ 1765).

Die Unterhaltspflicht tritt zu Gunsten der leiblichen Verwandten des Kindes zurück gegen die Unterhaltspflicht des Annehmenden (§ 1766).

Auch eine Wiederaufhebung der Adoption ist möglich, und zwar durch contrarius actus zwischen Adoptans, Adoptatus und auch ihren Abkömmlingen, auf die sich die Wirkungen des Adoptivverhältnisses bereits erstreckt haben (§ 1768). Sogar nach dem Tode des Adoptivkindes kann das Verhältnis zwischen den übrigen Beteiligten gelöst werden (§ 1769). Für die Wiederaufhebung gelten dieselben Formen und sonstigen Vorschriften wie für die Begründung des Adoptivverhältnisses (§ 1770), m. a. W. gerichtlicher und notarieller Abschluß des Vertrages und auch Bestätigung des zuständigen Gerichts. Wenn nun

[1]) Bei der Annahme durch eine Frau zwei Mütter.

trotz des gesetzlichen Ehehindernisses zwischen Adoptivverwandten eine Eheschließung vor sich geht, wenn der Adoptivvater z. B. die Adoptivtochter heiratet, so bewirkt das die Aufhebung des Adoptivverhältnisses zwischen ihnen, selbst dann, wenn die Ehe nichtig sein sollte (§ 1771). Die elterliche Gewalt des Adoptivvaters ist durch diese Eheschließung verwirkt. Die Aufhebung des Adoptivverhältnisses hebt zugleich auch das Recht des Adoptierten auf, den Namen des Adoptivvaters zu führen (§ 1772).

Die Einkindschaft ist in das B.G.B. nicht mit aufgenommen.[1] Die Motive sagen, daß sie in der Praxis immer mehr abnehme und besonders in Preußen nur noch selten vorkomme, zudem auch für die Vorkinder gefährlich werden könne, und daß die Zwecke, zu denen die Einkindschaft bei der allgemeinen Gütergemeinschaft diene, ebensogut durch Spezialvorschriften erreicht werden können, wie sie im § 1502 für den Fall der fortgesetzten Gütergemeinschaft aufgestellt sind.[2]

Kapitel III. Vormundschaft.

1. Einleitung.

§ 72.

Die Vormundschaft ist behandelt in den §§ 1773—1921, im Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit §§ 35—64 und außerdem in 7 Paragraphen (Art. 72—78) des Pr. A.G. z. B.G.B., so daß künftig die Zahl der Paragraphen, die das Vormundschaftsrecht regeln, beinahe doppelt soviel betragen wird, wie in der bisherigen Pr. V.O.

Folgende Werke sind hervorzuheben:[3]

1. Ein Aufsatz vom Amtsgerichtsrat Koehne: „Über elterliche Gewalt und Vormundschaft." Gruchot Beiträge Band 40 S. 597 ff. Der

[1] Literatur bei Cosack, Lehrbuch des D. B. R. § 335 Anm. 35.

[2] Vgl. Mot. IV S. 486 ff.

[3] Vgl. hierzu als Ergänzung Matthiaß, Lehrb. des B. R. II § 114 Anm 1; Dernburg, Bürg. R. IV S. 318 § 97 Anm. 8.

Aufsatz bezieht sich zwar auf die damalige Reichstagsvorlage, aber in den Hauptpunkten ist diese ja unverändert geblieben.

Größere systematische Werke über das Vormundschaftsrecht sind

2. August Fuchs: Das deutsche Vormundschaftsrecht, Berlin 1898, ein sehr brauchbares Werk.

3. Rechtsanwalt J. Boehm: Das Vormundschaftsrecht, Hannover 1897.

Erwähnt zu werden verdient die Handausgabe, die Oberverwaltungsgerichtsrat Schultzenstein und Amtsgerichtsrat Dr. Koehne besorgt haben. „Von dem deutschen Vormundschaftsrecht und dem preußischen Gesetz betreffend die Unterbringung verwahrloster Kinder vom 13. März 1878". Berlin 1898. Der Inhalt des B.G.B. wird ausgezogen und kurz kommentiert, auch werden allerlei allgemeine Verfügungen mitgeteilt.

Im Ganzen befolgt das B.G.B. das Muster der Pr. V.O. vom 5. Juli 1875, aber mit erheblichen Abweichungen.[1]) Die Hauptabweichung ist die, daß eine größere Sicherung des Mündelvermögens erstrebt wird. Diesem Zwecke entsprechend tritt nun noch eine größere Gebundenheit des Vormunds und eine viel weiter gehende Mitwirkung des Vormundschaftsgerichtes ein. Zwar hofft man, wie die Motive sagen, daß durch die vom B.G.B. neu geschaffene elterliche Gewalt der ehelichen Mutter, die ja nach dem Tode des Vaters die elterliche Gewalt ausübt und daher den Vormund überflüssig machen kann, die Zahl der Vormundschaften zu verringern. Aber es ist doch zu erwägen, daß dafür im B.G.B. nicht bloß innerhalb des Vormundschaftsrechts dem Vormundschaftsrichter eine Menge neuer Obliegenheiten auferlegt wird, sondern auch außerhalb des Vormundschaftsrechtes in der Lehre von der elterlichen Gewalt im Sachenrecht und im Güterrecht. Man kann etwa 70 Paragraphen außerhalb des Vormundschaftsrechtes zählen, in welchen der Vormundschaftsrichter angerufen wird. Soviel

[1]) Die Anlehnung des Reichsvormundschaftsrechtes an die Entwickelung des preußischen Rechtes der Vormundschaft wird ganz besonders von Dernburg betont und verwertet (Bürg. R. IV §§ 96 ff.). Trotz der Berechtigung dieses Gesichtspunktes muß immerhin daran festgehalten werden, daß das Reichsrecht dem früheren Landesrechte gegenüber eine möglichst unabhängige Auslegung verlangen darf, weil es grundsätzlich nicht als Fortsetzung der Rechtsgeschichte eines Einzelstaates gedacht, sondern von vornherein für das ganze Reichsgebiet entworfen und mit Gültigkeit bekleidet worden ist.

ist sicher, daß trotz der neuen Erfindung der elterlichen Gewalt der Mutter eine Entlastung der Vormundschaftsrichter in Zukunft nicht eintreten wird, sondern eher das Gegenteil.

Das B.G.B. unterscheidet, wie das bisherige Recht, Vormundschaft und Pflegschaft; aber nicht ganz in demselben Sinne wie bisher, sondern der Begriff der Vormundschaft ist enger bestimmt und dementsprechend natürlich die Pflegschaft weiter als bisher üblich war.

2. Allgemeine Regeln.

§ 73.

Die Vormundschaft ist nicht mehr jene allgemeine Fürsorge für Person und Vermögen eines Mündels, sondern nur diejenige allgemeine Fürsorge, die für geschäftsunfähige oder beschränkt geschäftsfähige Personen stattfindet, also nur für Minderjährige oder entmündigte Volljährige.[1]) Dagegen ist Pflegschaft jede sonstige Fürsorge, also nicht

[1]) Das Unterscheidungsmerkmal ist zweifelhaft. M. E. ist im Sinne des Gesetzbuches Vormund der mit den vollkommensten Befugnissen ausgestattete Fürsorger, Pfleger aber ein solcher, dessen Befugnisse durch den besondern Zweck seiner Fürsorgepflicht beschränkt sind. Eck legt in folgendem alles Gewicht auf die Personen, denen die Fürsorgepflicht dient. (Ebenso Endemann, Lehrbuch II § 211, 7. Aufl., S. 909; dagegen Dernburg, Bürg. R. IV § 98 Anm. 1; dafür jedoch das Reichsgericht Entsch. Bd. 52 Nr. 64 S. 244 und die dort betonte Entstehungsgeschichte des Gesetzbuchtextes.) Beides, das Geltungsgebiet und die innere Ausgestaltung der Vormundschaftsrechte, steht jedoch in einem Zusammenhange. Nur die gesetzliche Ausschließung und Beschränkung der Geschäftsfähigkeit verlangt einen mit vollen Fürsorgerechten ausgestatteten Beschützer, der in allen Fällen so ziemlich dieselben Aufgaben hat. In allen andern Fällen hängt der Inhalt und der Umfang von den besondern Bedürfnissen ab, denen die Fürsorge dient. Nur die Vormundschaft ist das normale Beschützungsrecht. — Da übrigens auch die verschiedenen Vormundschaftsfälle nach ihrem Zwecke besonders zu beurteilen sind, und die Pflegschaft sich im Zweifel der Vormundschaft anpaßt, so kommt man zu der Überzeugung, daß der Unterschied zwischen Vormund und Pfleger überhaupt nicht mehr durch ein sachliches Bedürfnis geboten, sondern nur durch die Macht der Gewohnheit der Gesetzgebung aufgedrängt worden ist. Dabei suchte man im Gegensatze zum preußischen Rechte, das diesen Unterschied auf den Umfang des Fürsorgegebietes gegründet hatte, ein neues leichter faßliches Unterscheidungsmerkmal zu Grunde zu legen. Das Ergebnis macht in der Tat den Eindruck des Gesuchten. Der alte Gegensatz von tutor und curator hatte sich schon mit dem Wegfallen der tutoris auctoritas überlebt, alle Versuche, ihn am Leben zu erhalten, führen zu gekünstelten Ergebnissen. — Dernburg a. a. O. sucht auch hier eine zu enge Anlehnung an das preußische Recht, vgl. dagegen das S. 533 Anm. 1 a. E. Gesagte.

bloß, wie bisher, die auf gewisse Angelegenheiten beschränkte, sondern auch eine allgemeine Fürsorge, wenn sie nur eben für andere Personen als Geschäftsunfähige oder beschränkt Geschäftsfähige geübt wird. Also z. B. ist die Fürsorge für die nur durch körperliche Gebrechen behinderten Personen, für Blinde, Taube, Stumme, die an sich geschäftsfähig sind, obwohl sie eine allgemeine Fürsorge ist, doch nicht mehr wie nach der Pr. V.O. Vormundschaft, sondern sie ist Pflegschaft (§ 1910 Abs. 1). Ebenso ist die Fürsorge für Abwesende nicht mehr wie nach der Pr. V.O. § 82 Vormundschaft sondern Pflegschaft (§ 1911).[1]) So bestätigt sich, daß der Begriff der Vormundschaft künftig ein anderer ist.

Das B.G.B. stellt natürlich gerade wie die bisherigen Gesetze hauptsächlich Regeln auf für die Vormundschaft über Minderjährige. Diese ist also hier ausführlich zu betrachten.[2]) Dabei ist der Ausgangspunkt die Obervormundschaft des Staates, der sie als Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausübt. Daher sind als Organe des Staates zu betrachten das Vormundschaftsgericht, der Gemeindewaisenrat, der Familienrat, der Vormund und endlich der Gegenvormund. Hierbei gilt:

1. Die Vormundschaftsgerichte sind wie bisher in den meisten Ländern Gerichte, die mit Vormundschaftssachen befaßt werden. Auch nach dem Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit § 36 sind die Amtsgerichte künftig die Vormundschaftsgerichte und zwar dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirk der Mündel seinen Wohnsitz hat. Darin liegt eine Abweichung von der Pr. V.O. § 2, wonach der Wohnsitz des Vaters bestimmend war. Wenn also der Wohnsitz des Mündels etwa sofort nach dem Tode des Vaters verlegt wird, so kommt es künftig auf den Wohnsitz des Mündels für die Bestimmung des Amtsgerichts an und nicht auf den Wohnsitz des Vaters bei seinem Tode. Übrigens ist durch das E.G. z. B.G.B. Art. 147 vorbehalten, daß die Landesrechte auch andere Behörden mit den Vormundschaftssachen betrauen können. So wird in Zukunft auch in einigen Ländern die Kompetenz anders gestaltet bleiben als es bei uns in Preußen ist.

[1]) In allen diesen Fällen liegen nur analoge Seitenstücke der normalen Grundform des Beschützungsrechtes vor.

[2]) Dies ist gewissermaßen die engere Grundform innerhalb der weiteren Grundform der Beschützungsrechte.

indem an Stelle des Amtsgerichts etwa Gemeindebehörden oder andere Obrigkeiten mit Vormundschaftssachen befaßt werden.[1])

Die Funktion des Vormundschaftsgerichts ist grundsätzlich nur die, den Vormund zu beaufsichtigen (§ 1837), m. a. W. nicht selber im Namen des Mündels zu handeln; das ist vielmehr die Aufgabe des Vormunds.[2])

Aber in einem Falle weicht das B.G.B. von diesem Prinzipe ab (§ 1844 Abs. 2) nämlich bei der von dem Vormund zu bestellenden Sicherheit wird die Mitwirkung des Mündels durch die Anordnung des Vormundschaftsgerichtes ersetzt. Da wird also ausnahmsweise das Vormundschaftsgericht im Namen des Mündels tätig.

2. Das zweite Organ ist der Gemeindewaisenrat §§ 1849—1851. Das ist ja eine Schöpfung der Pr. V.O., die sich auch bisher wohl bewährt hat. Auch in Zukunft soll der Gemeindewaisenrat, wie sein Name angibt, ein Gemeindeorgan sein, und zwar ist die Mitgliedschaft ein unentgeltliches Gemeindeamt. In den Städten ist dieses Amt vom Magistrat zu besetzen. Nach dem Pr. A.G. z. B.G.B. (Art. 77) kann auch auf eine Abteilung der Gemeindeverwaltung die Funktion des Gemeindewaisenrats übertragen werden. Endlich in sog. selbständigen Gutsbezirken ist es der Gutsvorsteher, welcher die Mitglieder des Gemeindewaisenrats zu ernennen hat.

Die Aufgabe des Gemeindewaisenrats wird auch in Zukunft sein, das Gericht durch den Vorschlag geeigneter Personen für das Amt des Vormunds und durch Überwachung des Vormunds in der Sorge für die Person des Mündels zu unterstützen. Aber neu ist, daß der Gemeindewaisenrat auch eine Gefährdung des Mündelvermögens, die er entdeckt, sofort zur Anzeige zu bringen verpflichtet ist.

---

[1]) Derartige Landesgesetze siehe in Niedners Kommentar des Einführungsgesetzes zum B.G.B. zu Art. 147 unter Nr. 4a.

[2]) Dernburgs grundsätzlicher Standpunkt (Bürg. R. IV § 96 S. 314 ff., bes. 315, insbesondere aber § 121 S. 385) richtet sich gegen eine „Übertreibung der Selbständigkeit des Vormunds". Diese Selbständigkeit wurde bekanntlich im Gegensatze zum Allg. Preuß. L.R. von der preußischen Vormundschaftsordnung scharf betont. Auch hier darf man wohl nicht die Auslegung des Reichsrechts zu sehr den Zielen der älteren preußischen Gesetzgebung anpassen, die wohlmeinend gedacht, aber sehr unbequem waren, und daher die Befugnisse des Gerichts im Zweifel nicht überspannen, namentlich da nicht, wo die Materialien dagegen sprechen (vgl. Dernburg a. a. O. S. 385).

Natürlich ist dieses Institut noch weiterer Ausbildung fähig. In Berlin ist tatsächlich durch den Verein des freiwilligen Erziehungsbeirats für schulentlassene Waisen eine Ergänzung des Gemeindewaisenrats angestrebt. Aber auch das Pr. A.G. z. B.G.B. Art. 77 § 2 sieht eine Neuerung vor; daß auch Frauen als Waisenpflegerinnen widerruflich bestellt werden können. Diese haben unter Leitung des Gemeindewaisenrats bei der Beaufsichtigung der im Kindesalter stehenden Mündel und bei der Überwachung weiblicher Mündel[1]) mitzuwirken.

3. Das dritte Organ ist der Familienrat, den schon die Pr. V.O. aus dem französischen Recht übernommen hat (§§ 1858—1881).[2]) Ein solcher wird vom Gericht nur in besonderen Fällen eingesetzt, fungiert also keineswegs bei allen Vormundschaften. Das Gericht soll ihn einsetzen auf Anordnung von Vater oder Mutter des Mündels und dann unbedingt, außerdem aber auf Antrag eines Verwandten oder des Vormunds, wenn das Gericht die Befolgung dieses Antrages für angemessen erachtet. In dem Familienrat hat wie bisher der Vormundschaftsrichter den Vorsitz und 2 bis 6 Verwandte des Mündels bilden die Beisitzer (§ 1860). Nach dem B.G.B. sind auch Frauen nicht mehr ausgeschlossen (§ 1861), das hat die Petition der deutschen Frauenvereine beim Reichstag durchgesetzt.

Der Familienrat hat die Rechte und Pflichten des Vormundschaftsgerichts (§ 1872), also sind die Mitglieder auch ebenso verantwortlich wie die Vormundschaftsrichter. Unter dem Vorsitz des Amtsrichters haben die Verwandten als quasi gerichtliches Kollegium zu funktionieren. Dieser Familienrat hat sich nun in Berlin als besonders nützlich erwiesen, wenn zum Vermögen des Mündels ein landwirtschaftlicher oder gewerblicher Betrieb von größerem Umfange gehört und unter den Verwandten sich Sachverständige befinden, welche diesen Betrieb überwachen und befördern können. In Preußen ist das Institut jedoch im übrigen noch nicht recht eingebürgert und hat deswegen noch nicht sehr fruchtbringend gewirkt.

Das B.G.B. geht über dieses Institut noch einen Schritt hinaus, indem es der Familie ähnlich, wie schon die Pr. V.O., sogar eine gewisse regelmäßige Einwirkung auf die Vormundschaft eröffnet (§ 1847).

---

[1]) Ob auch verheirateter, ist streitig, Dernburg IV § 103 Anm. 1 S. 332.

[2]) Nicht ohne eine erhebliche Umgestaltung vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 102 Anm. 1.

Das Vormundschaftsgericht soll nämlich vor einer von ihm zu treffenden Entscheidung auf Antrag des Vormunds auch Verwandte oder Verschwägerte des Mündels hören und in wichtigen Angelegenheiten soll es das sogar ohne Antrag des Vormunds tun. So wird also, selbst wenn ein Familienrat nicht eingesetzt ist, die Familie doch nicht ohne Einwirkung auf die Vormundschaft sein.

4. Das Hauptorgan neben dem Gericht ist der Vormund selber. Der Grundgedanke ist, daß der Vormund selbständig im Namen des Mündels handelt und die Gefahren, die aus seiner Selbständigkeit erwachsen könnten, hält man für beseitigt durch die Aufsicht, welche das Gericht über die Vormundschaft zu üben hat und — vom Standpunkt des B.G.B. wenigstens — durch die Menge von Vorschriften, welche den Vormund binden sowohl an die Genehmigung des Gegenvormunds als an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes.

Das Amt des Vormunds soll auch in Zukunft grundsätzlich ein Ehrenamt und nur ausnahmsweise mit einem Honorar verbunden sein. Es soll mit einer solchen Person besetzt sein, die durch Verwandtschaft oder Freundschaft mit dem Mündel verbunden und außerdem auch zuverlässig ist. Da nun aber bekanntermaßen eine solche Person oft schwer zu finden ist, so wird schon durch die Pr. V.O. § 13 bei solchen Mündeln, die in eine staatliche Verpflegungsanstalt aufgenommen sind, also bei sog. Ziehkindern, der Vorstand dieser Anstalt zum Vormund erklärt (sog. Anstaltsvormund).

Das ist auch in das Pr. A.G. z. B.G.B. wieder aufgenommen Art. 78.

Es ist freilich hier nicht gerade gesagt: daß der Vorstand Vormund sei, weil das B.G.B. die gesetzlichen Vormünder abschaffen wollte, aber er hat die Rechte und Pflichten eines Vormunds. Diese behält er auch nach Beendigung der Erziehung oder Verpflegung bis zur Volljährigkeit des Mündels.

In diesem Institut haben wir also eine Verkörperung des Gedankens, daß man Vormundschaft und Armenpflege bis zu einem gewissen Grade mit einander verknüpfen kann; auch dieser Gedanke ist gewiß noch weiterer Ausdehnung fähig.

Außerdem bleiben nach den Art. 135 und 136 des E.G. z. B.G.B. bei Zwangserziehung Minderjähriger die Landesrechte unberührt. Es hat also das preußische Gesetz vom 13. März 1878 über die Unter-

bringung verwahrloster Kinder seine Geltung behalten und ist jetzt durch das Gesetz vom 2. Juli 1900 verdrängt worden.[1])

5. Das fünfte Organ ist der Gegenvormund. Er ist neben dem Hauptvormund zu dessen Beaufsichtigung möglich, nicht gerade, wie nach französischem Recht, wesentlich. Er ist nur zugelassen. Geboten ist er nur dann, wenn erhebliches Vermögen zu verwalten ist (§§ 1792 und 1799). Natürlich ist der Gegenvormund um so wichtiger, je mehr der Vormund selbständig ist. Außerdem aber soll der Gegenvormund zugleich ein Mittel bilden zur Entlastung des Gerichts. Freilich ist dafür das Gericht durch andere Bestimmungen beinahe ebenso belastet, wie es ohne den Gegenvormund sein würde.

3. Bestellung der Vormundschaft über Minderjährige (§§ 1773—1792).

§ 74.

Vormundschaft über einen Minderjährigen wird von Amts wegen angeordnet, wenn der Minderjährige

a) nicht unter elterlicher Gewalt steht, also seine Eltern tot sind oder die elterliche Gewalt verwirkt haben oder

b) die Eltern zu seiner Vertretung weder in Angelegenheiten seiner Person noch seines Vermögens berechtigt sind, wenn sie also die Vertretungsbefugnis für Person und Vermögen ihres Kindes völlig verloren haben.

Wenn also eine allgemeine Fürsorge für den Minderjährigen not tut, dann ist die Vormundschaft am Platze. Dagegen tritt bei einer bloßen Beschränkung der elterlichen Gewalt immer nur Pflegschaft ein. Der Vormund wird nun nie mehr wie nach römischem und nach französischem Recht durch das Gesetz selber ernannt, sondern immer nur durch gerichtliche Bestellung.

Bekanntlich enthielt selbst unsere Pr. V.O. § 12 und § 83 Abs. 1 einzelne Fälle von gesetzlichen Vormündern. Namentlich war danach der bisherige Inhaber der elterlichen Gewalt, wenn der der Gewalt unterworfene Minderjährige sich verheiratete oder einen eigenen Haus-

[1]) Näheres über die Zwangserziehung Jugendlicher und das Fürsorgeerziehungsgesetz s. bei Dernburg, Bürg. R. IV § 76 S. 249, Literatur daselbst S. 250 Anm. 1.

halt anlegte, gesetzlicher Vormund. Noch bekannter ist der Fall, daß der Vater einer unehelichen Mutter gesetzlicher Vormund des von ihr geborenen Kindes war; und auch wenn ein Volljähriger unter Vormundschaft kam, war der Vater der gesetzliche Vormund. Das B.G.B. räumt mit dem Institut des gesetzlichen Vormunds radikal auf. Ein solcher kommt nicht mehr vor und selbst der sogenannte Anstaltsvormund wird nicht Vormund genannt.

Indessen sind doch auch nach dem B.G.B. gewisse Personen gesetzlich zur Vormundschaft berufen. Sie werden nicht Vormünder ohne gerichtliche Bestallung, aber sie haben eine Anwartschaft (§§ 1776 bis 1777), insbesondere der von Vater oder Mutter kraft elterlicher Gewalt in letztwilliger Verfügung Benannte und auch die Großväter des Mündels. Aber das ist immer nur eine nominatio. Die Wirkung ist nur die, daß der Berufene in der Regel nicht ohne gewisse Gründe bei der Bestellung übergangen werden darf (§ 1778).

Nur zu Gunsten mancher Personen kann der Berufene sogar ohne jene Gründe übergangen werden, z. B. für Ehefrauen kann der Mann vorzugsweise zum Vormund bestellt werden. Obwohl sich die Petition der deutschen Frauenvereine an den Reichstag aufs heftigste hiergegen erklärt hatte und den Mann als gar keinen geeigneten Vormund für Ehefrauen bezeichnet hatte, ist man doch dabei stehen geblieben. Ebenso kann für das uneheliche Kind die Mutter noch vor dem kraft Gesetzes berufenen Großvater vom Richter zum Vormund bestellt werden.

In Parenthese ist zu bemerken, daß das B.G.B. den Ausdruck Vormünderin, der bisher ja sehr verbreitet ist, systematisch vermeidet und die Mutter stets Vormund nennt.

Für einen Mündel soll grundsätzlich nur ein Vormund bestellt werden, auch für mehrere Geschwister ebenfalls nur ein Vormund (§ 1775). Nur aus besonderen Gründen kann für mehrere Geschwister und sogar auch für einen einzigen Mündel eine Mehrheit von Vormündern, die dann Gegenvormünder heißen,[1]) bestellt werden.

In Ermangelung eines gesetzlich berufenen Vormunds hat der Richter einen solchen nach Anhörung des Gemeindewaisenrats auszuwählen (§ 1779). Aber freilich können gewisse Personen nicht bestellt werden, d. h. sie sind unfähig, bestellt zu werden (§ 1780). Geschäftsunfähige und entmündigte Personen sind, wie wir bisher zu sagen

[1]) Vgl. hierüber unten S. 545 Anm. 1.

pflegten, inhabiles, die Bestellung solcher Personen und ihre Handlungen, wenn sie bestellt werden sein wollten, würden nichtig sein. Das ergibt sich aus dem Ausdruck: zum Vormund kann nicht bestellt werden.

Gewisse Personen aber sollen nicht bestellt werden (§§ 1781 bis 1784). Diese sind also zwar nicht unfähig, aber untauglich, wie man bisher sagte.[1]) Im § 1781 sind aufgeführt zunächst Minderjährige, dann der, welcher selber zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten einen Pfleger erhalten hat, wer in Konkurs geraten ist, wer der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig erklärt worden ist, insoweit das St.G.B. nicht die bekannte Ausnahme macht, daß auch wer der Ehrenrechte für verlustig erklärt ist, zum Vormund seiner Abkömmlinge noch bestellt werden kann.

Dagegen sind auf Verlangen der deutschen Frauenvereine unter diesen untauglichen Personen die Frauen gestrichen. Die Übernahme der Vormundschaft ist Pflicht und kann gerade wie in Preußen durch Ordnungsstrafen von höchstens 300 Mark erzwungen werden (§ 1785 resp. § 1788). Gerade so wie in Preußen kann die Ordnungsstrafe höchstens drei Mal verhängt werden; wer also 900 Mark riskieren will, kann sich dadurch von der Vormundschaft loskaufen.

Indessen gibt es Ablehnungsgründe und zwar im ganzen acht (§§ 1786 und 1787). Die bisherige Pr. V.O. kannte nur sieben, diese sieben kehren wieder und nur Nr. 7 des § 1786 ist neu hinzugefügt.

Die Annahme einer Vormundschaft kann ablehnen

1. eine Frau. Das ist festgehalten trotz der Petitionen der deutschen Frauenvereine, die den Frauen durchaus kein Ablehnungsrecht zuerkennen wollten,

2. wer das 60. Lebensjahr vollendet hat,

3. wer mehr als vier minderjährige Kinder hat,

4. wer durch Krankheit oder Gebrechen verhindert ist, die Vormundschaft ordnungsmäßig zu führen,

5. wer wegen Entfernung seines Wohnsitzes vom Sitze des Vormundschaftsgerichts die Vormundschaft nicht ohne besondere Belästigung führen kann,

6. wer nach § 1844 zur Sicherheitsleistung angehalten wird,

---

[1]) Diesen Unterschied hält auch Dernburg fest, Bürg. R. IV § 111.

7. wer mit einem andern zur gemeinschaftlichen Führung der Vormundschaft bestellt werden soll. Man braucht sich also nicht gefallen zu lassen, mit einem anderen, der einem als Gegenvormund nicht paßt, zusammengespannt zu werden.

Der Vormund wird vom Gericht verpflichtet und mit einer Bestallung versehen. Das entspricht dem bisherigen Recht. Aber eigentümlich ist die Bestimmung des § 1790, daß der Vormund auch unter einer Resolutivbedingung bestellt werden kann.

Wenn z. B. der Mündel ein Erwerbsgeschäft ererbt hat, kann der Vormund sich gleich bei der Bestellung vorbehalten, daß mit der Auflösung dieses Erwerbsgeschäfts seine Entlassung eintreten soll.

Die Bestallung selbst hat nicht, wie bisher vielfach streitig war, dieselbe Bedeutung wie eine Vollmacht, die einem Beauftragten oder Gesellschafter erteilt wird. Die Bedeutung, die das B.G.B. der Vollmacht beilegt, daß sie trotz des ihres Erlöschens redlichen Dritten gegenüber noch als fortbestehend gilt, ist bei der Bestallung des Vormunds keineswegs anerkannt. Wenn also der Vormund, nachdem der Mündel gestorben ist, noch Geschäfte abschließt unter Vorlegung seiner Bestallung, oder, obwohl ihm die Vormundschaft entzogen ist, noch die Bestallung mißbraucht, dann kann dieselbe nicht wie ein Legitimationspapier behandelt werden, sodaß der gutgläubige Dritte Rechte gegen den Mündel daraus erwürbe. Der Nachteil trifft den Dritten und nicht den Mündel. Man könnte das auffallend finden, und sagen: die Bestallung ist doch eine amtliche und die müßte doch eigentlich noch mehr den guten Glauben eines Dritten begründen als eine bloße Privatvollmacht. Allein der Gedanke, der übrigens nicht weiter ausgesprochen ist, ist doch wohl, daß der Vollmachtgeber seine Vollmacht mit freiem Willen ausgestellt hat. Er muß es sich daher gefallen lassen, daß sie gegen ihn noch fortwirkt, obwohl sie bereits erloschen war, während der Mündel die Bestallung durchaus nicht mit seinem freien Willen ausgestellt hat, infolgedessen auch kein Grund vorhanden ist, auf ihn den Nachteil fallen zu lassen, der durch einen Mißbrauch der bereits erloschenen Bestallung begangen wird.[1])

[1]) Dazu kommt wohl noch, daß das Schutzbedürfnis eines Mündels in den Augen der Gesetzgebung schwerer wog, als dasjenige des redlichen Dritten.

4. Führung der Vormundschaft (§§ 1743—1748).

§ 75.

Wie nach gemeinem und preußischem Recht wird auch nach dem B.G.B. der Vormund prinzipiell als selbständig handelnd und das Gericht nur als Aufsichtsbehörde gedacht.[1]) Aber dem Vormund sind äußerst zahlreiche Schranken gezogen.

Der Vormund hat im allgemeinen für Person und Vermögen des Mündels zu sorgen und insbesondere ihn in beiden Beziehungen zu vertreten (§ 1793). Aber er kann den Mündel ausnahmsweise in gewissen Fällen bei einem Gegensatz der Interessen nicht vertreten. Dieser Gedanke wird in § 1795 weiter ausgeführt.

1. Die Vertretung des Mündels seitens des Vormunds ist ausgeschlossen bei einem Rechtsgeschäft zwischen seinem Ehegatten oder einem seiner Verwandten in gerader Linie einerseits und dem Mündel andrerseits, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

2. Bei einem Rechtsgeschäft, das die Übertragung oder Belastung einer durch Pfandrecht, Hypothek oder Bürgschaft gesicherten Forderung des Mündels gegen den Vormund oder die Aufhebung oder Minderung dieser Sicherheit zum Gegenstande hat.

3. Bei einem Rechtsstreit zwischen den in Nummer 1. bezeichneten Personen sowie bei einem Rechtsstreit über eine Angelegenheit der in Nummer 2. bezeichneten Art.

Hier fällt wegen Gegensatzes der Interessen die Vertretungsbefugnis des Vormunds fort.

Bei Nummer 1. fällt auf, daß hier Geschäfte zwischen dem Mündel und dem Vormund selber gar nicht erwähnt sind. Das ist absichtlich geschehen, weil Abs. 3 des § 1795 auf § 181 verweist, nach dem in der Regel niemand mit sich selber Geschäfte schließen kann in eigener Person und als Vertreter einer fremden Person, und auch nicht zwischen zwei Personen, die er gleichzeitig vertritt.[2]) Das gilt auch für den Vormund. Wenn nun trotzdem der Vormund bei einem solchen Geschäft den Mündel vertritt z. B. bei einem Rechtsgeschäft zwischen seinem, des Vormunds Sohn und dem Mündel, indem er etwa eine Sache seines Sohnes an den Mündel verkauft, so sollte man meinen

[1]) Über Dernburgs Standpunkt vgl. oben S. | Anm. |.

[2]) Näheres hierüber s. bei Dernburg, Bürg. R. IV § 104 Anm. 5 S. 394.

(namentlich wenn man den Sprachgebrauch des B.G.B. gegenwärtig hat), daß wegen des Ausdruckes „er kann den Mündel nicht vertreten" Nichtigkeit des Geschäfts anzunehmen ist. Allein in Wahrheit soll mit dieser Bestimmung doch nur die Vertretungsmacht des Vormunds verneint werden, es soll heißen, daß der Vormund keine Wirkung für den Mündel erzeugen kann, wenn er eine solche Vertretung vornimmt. Folgeweise ist das Geschäft durch einen nicht Vertretungsberechtigten geschlossen und deswegen nach den allgemeinen Regeln in der Schwebe. Es kann also durch nachträgliche Genehmigung giltig werden. Setzen wir voraus, daß der Mündel demnächst volljährig wird und das von dem Vormund für seinen Sohn einerseits und den Mündel andrerseits abgeschlossene Geschäft genehmigt, dann wird es auch giltig.

Es gelten hier also die allgemeinen Regeln von dem Schwebezustand, in den solch ein Geschäft eintritt, oder von seiner Natur als eines hinkenden.

Eine weitere wichtige Bestimmung ist, daß in den Fällen, wo Ausnahmen von dem Vertretungsverbot gemacht sind, diese auch hier Platz greifen, also insbesondere § 1795 Nr. 1 Schlußsatz und ebenso § 181: „es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht". Also kann der Vormund solche Geschäfte für sich oder seine Verwandten mit dem Mündel schließen, die nur die Erfüllung einer Verbindlichkeit enthalten. Dadurch wird, meint das B.G.B., nur verhindert, daß noch schlimmere Folgen eintreten.[1])

Übrigens ist, was im gemeinen Recht so streng verpönt ist, der Erwerb einer Forderung gegen den Mündel vom Vormund, indem er sich eine Forderung gegen den Mündel cedieren läßt, nirgends im B.G.B. verboten. Eine solche Cession bleibt wirksam.

Bei einem Gegensatz der Interessen kann das Vormundschaftsgericht dem Vormund die Vertretung für einzelne Angelegenheiten oder für einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten entziehen (§ 1796). Diese Entziehung soll aber nur erfolgen, wenn das Interesse des Mündels zu dem des Vormunds oder eines von diesem vertretenen Dritten in erheblichem Gegensatze steht. Ob hier ein erheblicher Gegensatz der Interessen vorliegt, wird der Vormundschaftsrichter künftig ermessen.

[1]) Eck denkt wohl an die Schwierigkeiten, die sich aus der rechtlichen Unmöglichkeit einer einfachen Erledigung solcher Geschäfte ergeben würden.

Das Verhältnis mehrerer Gegenvormünder[1]) stimmt in der Hauptsache mit dem vom preußischen Recht bereits gestatteten überein. Die mehreren Gegenvormünder müssen gemeinschaftlich, also zu gesamter Hand, ihr Amt verwalten (§ 1797). Eine Abweichung vom preußischen Recht ist aber, daß bei Meinungsverschiedenheiten nicht die Mehrheit der Gegenvormünder entscheidet, sondern wieder das Vormundschaftsgericht (§ 1797).[2])

Das B.G.B. berücksichtigt in § 1798 noch besonders einen Fall, dessen Berücksichtigung recht deutlich beweist, wie sich sein Vormundschaftsrecht in die kleinsten Einzelheiten vertieft hat, nämlich den Fall, daß die Wirkungskreise der mehreren Gegenvormünder geteilt sind, indem ein Gegenvormund die Sorge für die Person und der andere die Sorge für das Vermögen des Mündels hat und dann eine Handlung in Frage steht, die sowohl die Person als auch das Vermögen des Mündels angeht; z. B. die Erhebung einer Statusklage wäre eine solche Handlung oder der Eintritt des Mündels in ein Geschäft u. dgl. m. Dann soll wieder wie alle Mal im Zweifelfall das Vormundschaftsgericht entscheiden (§ 1798).

Die Sorge des Vormunds für die Person des Mündels ist denselben Regeln unterworfen, die für die elterliche Gewalt in Bezug auf die Person des Mündels gelten (§ 1800). Nur eine Abweichung ist in dem § 1838 enthalten, nach dem das Vormundschaftsgericht Zwangserziehung anordnen kann. Es kann einen Mündel zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungsanstalt

---

[1]) Eck unterscheidet nicht die Vormünder, die neben Gegenvormündern stehen von den mehreren Vormündern neben einander (vgl. oben S. 540 Anm. 1). Ihm ist der Gegenvormund nicht blos der Nebenvormund, sondern jeder einem andern Vormund gegenüber stehende Vormund, mag es nun ein Haupt- oder ein Nebenvormund sein. Das Gesetzbuch hat diese Redeweise nicht. — Der Herausgeber ließ jedoch den Text unangetastet, weil er einem jeden der Gesetzessprache gegenüber eine gewisse Freiheit der Ausdrucksweise als unentbehrliches Erfordernis wissenschaftlicher Arbeit grundsätzlich zuerkennt. — Auch Dernburg unterscheidet scharf die Mitvormünder von den Gegenvormündern, Bürg. R. IV §§ 105 und 106.

[2]) Nach den Motiven Bd. 4 S. 1026 und Planck § 1797 Ziff. 1 kann der Vormundschaftsrichter nur der einen oder der anderen Meinung beitreten, nicht aber einer selbständigen Meinung folgen. Dernburg bemerkt Bürg. IV § 105 S. 336 ganz im Sinne seiner oben (S. 536 Anm. 2) mitgeteilten Auffassung: „Das wäre ein kümmerlicher Vormundschaftsrichter, der so verfahren wollte." In diesem Sinne ist aber jeder kümmerlich, der sich einer gesetzlichen Amtsbeschränkung fügen muß.

oder Besserungsanstalt unterbringen lassen. Das ist bei der elterlichen Gewalt nicht festgesetzt.

Über die religiöse Erziehung bestimmt Art. 134 des E.G. z. B.G.B. Daß die landesgesetzlichen Vorschriften über die religiöse Erziehung des Kindes unberührt bleiben, war ein noli me tangere bei der Beratung des B.G.B.

Indessen enthält § 1801 die Bestimmung, daß die Sorge für die religiöse Erziehung des Mündels dem Vormund vom Vormundschaftsgericht entzogen werden *kann*, wenn der Vormund nicht dem Bekenntnis angehört, in dem der Mündel zu erziehen ist. Das Gericht *muß* dies aber nicht tun und wird den einzelnen Fall zu prüfen haben.

Wichtiger ist die Sorge für das Vermögen des Mündels (§ 1802 und § 1836). Zunächst wiederholen sich beinahe wörtlich Paragraphen aus der Pr. V.O. Der Vormund hat die Inventarisierungspflicht (§ 1802 und § 35 der Pr. V.O.). Bei unentgeltlichen Zuwendungen hat er bei der Verwaltung des Vermögens die Anordnungen des Erblassers oder Schenkers zu befolgen (§ 1803 und § 36 der Pr. V.O.). Dem Vormund sind Schenkungen verboten, ausgenommen solche, die aus Anstandsrücksichten oder aus einer sittlichen Pflicht notwendig waren (§ 1804). Ebenso ist ihm verboten, Mündelgelder in seinem Nutzen zu verwenden (§ 1805, § 38 bis § 40 der Pr. V.O.).

Neu ist § 1834. Während nach der Pr. V.O. der Vormund, der Mündelgelder zu seinem Nutzen verwendet, sehr hohe Prozente zahlen muß, nach Ermessen des Gerichtes 8 bis 20 pCt., enthält das B.G.B. darüber gar nichts, sondern § 1834 sagt nur, er müsse sie verzinsen d. h. mit dem gesetzlichen Zinssatz. Das sind bekanntlich nur 4 pCt. Das kann unter Umständen für den Vormund sehr verführerisch sein, wenn er mit dem Mündelgeld seinerseits 6 pCt. verdienen kann und er nur verpflichtet ist, 4 pCt. zu vergüten.[1]) Warum diese Herabsetzung des Zinsfußes statuiert worden ist, ist mir nicht bekannt.

Über die Anlegung von Mündelgeldern sind nicht bloß im B.G.B. Bestimmungen getroffen, sondern namentlich auch im Pr. A.G.[2])

---

[1]) Dernburg, Bürg. R. IV S. 360 § 116 IV sieht in diesen vier Prozent Zinsen mit Recht nur den Mindestbetrag der zu ersetzenden Summe, die unter der vollen ungerechtfertigten Bereicherung des Vormunds nicht zurückbleiben darf.

[2]) Über ihre praktische Tragweite vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 116 Anm. 2.

Der Vormund hat das zum Vermögen des Mündels gehörende Geld verzinslich anzulegen, soweit es nicht zur Bestreitung von Ausgaben bereit zu halten ist (§ 1806). Also wird nicht bloß von laufenden Ausgaben gesprochen sondern von Ausgaben ganz allgemein. Der Vormund kann z. B. Geld zum Ankauf eines Grundstückes für den Mündel zurücklegen usw. Der Mündel ist vielleicht Kavallerieoffizier und braucht ein kostbares Reitpferd. Hier kann der Vormund das Geld zurücklegen, bis es soweit angewachsen ist, daß er das Reitpferd dafür kaufen kann, denn dann ist er ja in diesem Falle von der verzinslichen Anlegung entbunden.[1])

Freilich sind diese Ausgaben nicht vom Vormund immer selbständig zu bewirken, sondern z. B. zu dem Vertrage über den Erwerb eines Grundstücks bedarf er der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1821 Nr. 4). Wenn also der Mündel bereits ein Landgut hat und noch ein Stück zur Arrondierung hinzugekauft werden soll, so kann der Vormund freilich die Gelder dazu zurücklegen, aber um das Stück zu kaufen, muß er die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen.

Die regelmäßige Art zulässiger verzinslicher Anlegung ist durch den ziemlich umfassenden und inhaltreichen § 1807 in fünf Nummern bestimmt. Zu den wichtigsten Nummern zählt die erste. Da heißt es: „Die Anlegung kann erfolgen in Forderungen, für die eine sichere Hypothek an einem inländischen Grundstücke besteht, oder in sicheren Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken." Wann nun eine solche Anlage als sicher zu erachten ist, das können nach § 1807 Abs. 2 die Landesgesetze bestimmen. Dies tut nun in der Tat das Pr. A.G. Art. 73 ff. § 39 Abs. 3 der Pr. V.O. bestimmte bisher die Wertgrenze für die Beleihung eines Grundstücks mit Mündelgeldern, und zwar wahlweise, entweder nach einem Vielfachen, genauer dem Fünfzehnfachen des Grundsteuerreinertrages — das ist eine bequeme Berechnung und ein einfaches Verfahren — oder aber nach einem Bruchteil des durch öffentliche Taxe ermittelten Wertes;[2]) bei ländlichen Grundstücken wird der Bruchteil auf die ersten zwei Drittel

[1]) Eine zweckwidrige vorzeitige Zurücklegung zinstragender Gelder würde m. E. dadurch nicht entschuldigt werden. Dernburg, Bürg. R. IV § 116 S. 362 faßt die Zinsanlegungspflicht wohl mit Recht strenger auf, als Eck.

[2]) Die Taxen sind nach den Landesteilen verschieden, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 116 Anm. 5.

des Taxwertes bemessen, bei städtischen Grundstücken nur auf die erste Hälfte. Diese doppelte oder wahlweise Bestimmung hält nun auch das Pr. A.G. fest, aber mit einer erheblichen Abweichung. Er erstreckt jenes Vielfache des Grundsteuerreinertrages, welches die Beleihungsgrenze bilden soll, über das Fünfzehnfache hinaus; denn — sagen die Motive[1]) — in den meisten preußischen Landesteilen bleibt schon jetzt der fünfzehnfache Ertrag des Grundsteuerreinertrages sehr erheblich hinter zwei Dritteln des Taxwertes zurück. Daher pflegen auch Sparkassen, Landschaften und andere Kreditanstalten die ländlichen Grundstücke nicht bloß bis zum Fünfzehnfachen sondern bis zum Zwanzigfachen, ja sogar Fünfundzwanzigfachen des Grundsteuerreinertrages zu beleihen. Nur in Ostpreußen und in Schleswig-Holstein gilt noch immer bloß das Fünfzehnfache des Grundsteuerreinertrages als die richtige Beleihungsgrenze. Deswegen erhält das Pr. A.G. zwar zunächst das Fünfzehnfache mit Rücksicht auf Ostpreußen und Schleswig-Holstein als allgemeine Grenze bei, aber er gestattet dann in Art. 73 mit der Überschrift „Anlegung von Mündelgeld" weiter hinauf bis zum Zwanzigfachen zu gehen, wenn kein anderes der Eintragung bedürfendes Recht der Mündelhypothek vorgeht oder gleichsteht.

Bei Grundstücken, die von einer öffentlichen Kreditanstalt bis zu einem noch höheren Vielfachen des Grundsteuerreinertrages beliehen werden können, gestattet Art. 73 § 2 sogar bis zu diesem noch höheren Vielfachen zu gehen, nur nicht über das Dreißigfache hinaus. Dadurch werden also die ländlichen Grundstücke fortan sehr viel leichter und weiter beleihbar als bisher.

Weiter werden in § 1807 Nr. 2, 3, 4, 5 noch andere Forderungen und Wertpapiere für mündelsicher erklärt. Forderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat sowie Forderungen, die verbrieft sind, und deren Verzinsung vom Reich oder einem Bundesstaat garantiert ist (Nr. 2, Nr. 3). Nr. 4 bestimmt, daß Mündelgelder in Wertpapieren angelegt werden können, insbesondere Pfandbriefen, sowie in verbrieften Forderungen jeder Art gegen eine inländische kommunale Körperschaft oder die Kreditanstalt einer solchen Körperschaft, sofern die Wertpapiere oder die Forderungen vom Bundesrat zur Anlegung von Mündelgeld für geeignet erklärt sind. Auch in öffentlichen Sparkassen können Mündelgelder angelegt werden „wenn sie von der zuständigen Behörde des Bundesstaats, in welchem

[1]) S. 225 Pr. A.F.G., Textausgabe mit den Materialien, Berlin, Heymann, 1899.

sie ihren Sitz hat, zur Anlegung von Mündelgeld für geeignet erklärt ist". Aber dieser in Nr. 4 vorbehaltene Beschluß des Bundesrats über Pfandbriefe und kommunale Schuldverschreibungen, also besonders Stadtanleihen u. dgl. m. ist einstweilen noch nicht ergangen.[1]) Danach könnte man meinen, daß Nr. 4 zunächst ein toter Buchstabe bleibt. Das ist jedoch nicht der Fall. Denn nach Art. 212 des E.G. z. B.G.B. bleiben die Landesgesetze bestehen, wonach gewisse Wertpapiere mündelsicher sind. Auf Grund dieses Artikels erklärt schon jetzt Art. 74 des A.G. z. B.G.B. für mündelsicher die Rentenbriefe der Rentenbanken, Schuldverschreibungen, die von einer deutschen kommunalen Körperschaft oder der Kreditanstalt einer solchen, oder — das ist sehr erheblich — mit Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde von einer Kirchengemeinde oder einem kirchlichen Verbande ausgestellt und entweder von seiten des Inhabers kündbar sind oder einer regelmäßigen Amortisation unterliegen. Nach Art. 74 Nr. 3 gilt dasselbe zum Besten landwirtschaftlicher Kreise für die mit staatlicher Genehmigung ausgegebenen Pfandbriefe und gleichartigen Schuldverschreibungen einer preußischen Kreditanstalt, welche durch Vereinigung von Grundbesitzern gebildet ist und durch staatliche Verleihung Rechtsfähigkeit erlangt hat oder auch für die Schuldverschreibungen einer preußischen provinzialständischen öffentlichen Kreditanstalt.

So ist der Kreis der Anlagepapiere sehr erheblich ausgedehnt z. B. auf Berliner Stadtobligationen u. dgl. m.

Neu ist die Zulassung von Schuldverschreibungen der Kirchen und kirchlichen Verbände. Die Motive[2]) fügen hinzu: es sei ein großer Mangel gewesen, daß bisher die Personen, welche Gelder nur mündelsicher ausleihen durften, sich nie an kirchlichen Anleihen beteiligen konnten.[3])

[1]) Inzwischen ist die Bekanntmachung vom 7. Juli 1901, R.G.Bl. S. 263 veröffentlicht worden, welche allgemein die verbrieften Schulden inländischer kommunaler Korporationen und ihrer Kreditanstalten als mündelsicher anerkennt, wenn der Gläubiger ein Kündigungsrecht hat und sie regelmäßig getilgt werden.

[2]) Pr. A.F.G., Textausgabe mit den Materialien, Berlin, Heymann, 1899, S. 230, 231. Die Bekanntmachung des Bundesrats (s. vor. Anm.) überläßt dem Landesrecht die Zurechnung der kirchlichen Körperschaften zu den kommunalen, vgl. Näheres bei Fischer-Henle, Handausgabe 11 zu § 1807.

[3]) Eck führte an dieser Stelle näher aus, daß die Schuldverschreibungen der genannten Verbände kündbar sein müssen, was damals durch einen Druckfehler des Entwurfs zweifelhaft war, jetzt aber völlig klargestellt ist. — Über Abweichungen des bürgerlichen Rechts vom preußischen vgl. Fischer-Henle, Handausgabe 11 zu § 1887.

In den Motiven zum Entwurf des Pr. A.G.[1]) ist in Aussicht genommen, wenn auch in etwas unbestimmter Form, daß auch Hypothekenbriefe von Hypothekenaktienbanken für mündelsicher erklärt werden sollen. In Art. 75 sind zunächst nur die Sparkassen genannt. Die Pfandbriefe der Hypothekenaktienbanken werden bloß in den Motiven erwähnt. Bekanntlich wird darum ein heftiger Kampf geführt, ob sie ebenso wie Pfandbriefe der Landschaften für mündelsicher zu erklären sind.[2]) Art. 75 hat nun die besondere Bestimmung: „Eine in Preußen bestehende öffentliche Sparkasse kann durch den Regierungspräsidenten im Einvernehmen mit dem Landgerichtspräsidenten zur Anlegung von Mündelgeld für geeignet erklärt werden. Die Erklärung kann zurückgenommen werden."

Kann nun die Anlegung von Mündelgeldern nicht so wie § 1807 vorschreibt erfolgen, so ist nach § 1808 das Geld bei der Reichsbank, bei einer Staatsbank oder bei einer anderen durch Landesgesetz dafür geeignet erklärten inländischen Bank oder bei einer Hinterlegungsstelle anzulegen. Hier ist zunächst zweifelhaft, was anzulegen bedeutet? Die Kommentatoren sagen, damit sei gemeint verzinslich anlegen, nicht bloß hinterlegen; denn es seien bloß modi verzinslicher Anlegung erwähnt. Aber mehrere der in § 1807 erwähnten Stellen nehmen gar keine verzinslichen Depots an, z. B. die Reichsbank. Außerdem sagt das Pr. A.G. Art. 76 Abs. 2 ausdrücklich: „Die Anlegung bei den ordentlichen Hinterlegungsstellen findet nicht statt." Damit wird also dem § 1808 offenbar derogiert.[3]) Diese Anlegung dürfte also nur sehr beschränkt möglich sein, nämlich bei einer Staatsbank oder bei einer durch Landesgesetz für geeignet erklärten inländischen Bank.[4]) Aber auch dann kann die Anlegung nur mit der Bestimmung erfolgen, daß zur Erhebung des Geldes auch noch Genehmigung des Gegenvormunds oder des Vormundschaftsgerichts nötig ist (§ 1809).

Der Vormund muß sich also in die Lage bringen, daß er nicht allein die Gelder wieder abheben kann. Sogar jede Anlegung, auch die für sicher erklärte, kann immer nur mit Genehmigung des Gegenvormundes bewirkt werden. Die Genehmigung des Gegenvormundes

[1]) a. a. O. S. 231.

[2]) Vgl. Art. 74 Nr. 4 und 76 Pr. A.G. Art. 74, 4 beruht auf einem Kompromißantrage, vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 116 Nr. III, 3 S. 365.

[3]) Vgl. E.G. Art. 144 Abs. 2.

[4]) Näheres bei Dernburg, Bürg. R. IV § 117 Anm. 10 S. 366.

wird ersetzt durch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1810).

So reiht sich eine Beschränkung an die andere.

Weiter kann der Vormund über eine Forderung des Mündels oder ein anderes Recht desselben auf eine Leistung oder über ein Wertpapier nur mit Genehmigung des Gegenvormunds oder des Gerichts verfügen (§ 1812). Von dieser Bindung werden ganz beschränkte Ausnahmen statuiert durch § 1813. Der Vormund bedarf der Genehmigung des Gegenvormunds zur Annahme einer geschuldeten Leistung nicht unter fünf Voraussetzungen.

1. Wenn der Gegenstand nicht in Geld oder Wertpapieren besteht. Also wenn der Vormund Sachen für den Mündel gekauft hat, dann kann er die gekauften Sachen: Kleidungsstücke, Bücher usw., für den Mündel annehmen.

2. Wenn der Anspruch nicht mehr als 300 Mark beträgt. Bei oberflächlichem Lesen denkt man nun, daß der Vormund Summen unter 300 Mark immer annehmen kann. Das ist aber nicht gemeint. Es heißt ja nicht: wenn der *Gegenstand der Leistung* nicht mehr als 300 Mark beträgt, sondern wenn der *Anspruch* nicht mehr als 300 Mark beträgt. M. a. W.: Beträgt der Anspruch 310 Mark und will der Schuldner eine Teilzahlung von 200 Mark an den Vormund leisten, so kann dieser dieselbe nicht annehmen, denn der Anspruch beträgt ja mehr als 300 Mark.[1]) Es bedürfte vielmehr der Genehmigung des Gegenvormunds.

3. Wenn Geld zurückgezahlt wird, das der Vormund ausgelegt hat ist das nur scheinbar eine sehr weitgreifende Ausnahme; denn der Schlußabsatz des § 1813 hebt das Wesentliche wieder völlig auf. „Die Befreiung nach Abs. 1 Nr. 2, 3 erstreckt sich nicht auf die Erhebung von Geld, bei dessen Anlegung ein anderes bestimmt ist. Die Befreiung nach Abs. 1 Nr. 3 gilt auch nicht für die Erhebung von Geld, das nach § 1807 Abs. 1 Nr. 1—4 angelegt ist." Also bei jeder sicheren Hypothek, die der Vormund für den Mündel erworben hat, darf er das zurückgezahlte Geld, was er selber angelegt hat, nicht ohne Genehmigung des Gegenvormunds in Empfang nehmen.

4. Wenn der Anspruch zu den Nutzungen des Mündelvermögens gehört.

---

[1]) Ebenso Fischer-Henle Anm. 2 zu § 1813.

5. Wenn der Anspruch auf Erstattung von Kosten der Kündigung oder der Rechtsverfolgung oder auf sonstige Nebenleistungen gerichtet ist. Was kann aber nicht alles unter sonstige Nebenleistungen fallen! Nicht bloß rückständige Zinsen, sondern vor allen Dingen eine Konventionalstrafe. Wenn z. B. der Vater des Mündels von einem Angestellten, den er in sein Geschäft genommen hatte, eine Konventionalstrafe von 10 000 Mark ausbedungen hatte für den Fall, daß dieser in ein Konkurrenzgeschäft eintreten sollte und nach seinem Tode der Angestellte das wirklich tut, so wird die Vertragsstrafe an den Mündel als Geschäftserben fällig, und der Vormund kann diese Vertragsstrafe, weil es eine Nebenleistung ist, ohne Genehmigung des Gegenvormunds einstreichen. Man könnte vielleicht einwenden: Nebenleistung ist nicht gemeint als „Akzessorium" sondern als „quantitativ unbedeutende Summe". Dann wäre das aber ein äußerst unbestimmter Ausdruck.[1])

Ich glaube, daß diese Ausnahme sehr weit geht, während die anderen sehr wenig weitreichen.

Inhaberpapiere, die zum Mündelvermögen gehören, sind zwar nicht mehr außer Kurs zu setzen (§ 1814) — das Institut des Außerkurssetzens ist dem B.G.B. fremd — aber sie müssen doch bei der Reichsbank oder einem ähnlichen Institut hinterlegt werden, und zwar mit der Bestimmung, daß sie nur mit Genehmigung des Gerichts herausverlangt werden können. Den Inhaberpapieren sind gleichgestellt die in blanco indossierten Ordrepapiere. Nur diejenigen Papiere, die zu den verbrauchbaren Sachen gehören, machen eine Ausnahme. Das sind also etwa Banknoten, die in blanco indossierten Wechsel, die zum Betriebsfonds eines Geschäftes gehören, weil sie zur sofortigen Wiederausgabe bestimmt sind usw. Jedoch wird statt Hinterlegung auch eine Umschreibung auf den Namen des Mündels gestattet (§ 1815).

Aus besonderen Gründen kann das Vormundschaftsgericht den Vormund von dieser Hinterlegungsverpflichtung entbinden (§ 1817), eine sehr wohltätige Ausnahme. Umgekehrt kann das Vormundschaftsgericht die Hinterlegungspflicht noch verschärfen. Es kann auch solche Wertpapiere, zu deren Hinterlegung der Vormund sonst nicht verpflichtet wäre, der Hinterlegung unterwerfen, ebenso Kostbarkeiten und andere Gegenstände des Mündels, etwa aus Mißtrauen gegen die Person des

[1]) Übereinstimmend Fischer-Henle 7 zu § 1813.

Vormunds oder weil der Vormund in seiner Wohnung kein sicheres Gelaß hat.

Für zahlreiche Geschäfte ist der Vormund an die Genehmigung des Gerichts gebunden (§ 1821). Zunächst sind allerlei Geschäfte über Grundstücke und Rechte an solchen aufgezählt. Doch gehören zu den Rechten an einem Grundstücke in diesem Sinne nicht Hypothekengrundschulden und Rentenschulden. Darüber kann also der Vormund ohne Genehmigung des Gerichts verfügen.

§ 1822 fügt nicht weniger als 13 sehr umfassende Gruppen hinzu, bei denen allen auch wieder die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nötig ist. Die ersten Nummern betreffen in der Tat fundamental wichtige Geschäfte.

1. Die Genehmigung ist erforderlich zu Verfügungen und Geschäften über das Vermögen des Mündels im Ganzen, über eine ihm angefallene Erbschaft, ein Erbteil oder Pflichtteil,

2. zur Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses, zum Verzicht auf ein Pflichtteil sowie zu einem Erbteilungsvertrage,

3. zu einem Vertrage, der auf den unentgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäftes gerichtet ist, sowie zu einem Gesellschaftsvertrage, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes eingegangen wird,[1])

4. zu einem Pachtvertrage über ein Landgut oder einen gewerblichen Betrieb,

5. zu einem Miet- oder Pachtvertrage oder einem anderen Vertrage, durch den der Mündel zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wird, wenn das Vertragsverhältnis länger als ein Jahr nach der Vollendung des 21. Lebensjahres des Mündels fortdauern soll. Eine übermäßige Beengung des Vormundes. Ein solcher Vertrag wäre doch auch ein Versicherungsvertrag auf mehrere Jahre, wobei die zu zahlenden Prämien wiederkehrende Leistungen sind. Wenn der Vormund das Mobiliar seines Mündels, der $17^1/_2$ Jahre alt ist, versichert, und um es billig zu haben, die Versicherung gleich auf eine Reihe von Jahren abschließen will z. B. auf 5 Jahre, damit er das letzte Jahr den Vorteil umsonst erhält, so muß für diesen

[1]) Vgl. hierzu die oben S. 488 Anm. 4 angeführte Entscheidung des Reichsgerichts.

Feuerversicherungsvertrag erst die Genehmigung des Gerichts eingeholt werden.[1])

6. Zu einem Lehrvertrag, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird, ist die Genehmigung nötig. Auch dies geht zu weit.

7. Ebenso zu einem auf die Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses gerichteten Vertrage, wenn der Mündel zu persönlichen Leistungen für längere Zeit als ein Jahr verpflichtet werden soll. Wenn der Mündel z. B. als Volontär bei einem Gutsbesitzer oder als Wirtschaftsgehilfe engagiert werden soll, so darf das nicht länger als auf ein Jahr geschehen, sonst muß die Genehmigung des Gerichts eingeholt werden. Ebenso in noch zahlreichen anderen Fällen.[2])

Merkwürdigerweise steht unter diesen Fällen nicht mit aufgeführt, was doch gerade bisher ein Hauptfall war, die Eheschließung des Mündels. Die Genehmigung des Gerichts zum Ehekonsens des Vormunds ist nicht erforderlich. Man darf es wohl als auffällig bezeichnen, daß so und so viel, man möchte sagen, fast harmlose Vermögensgeschäfte der Genehmigung des Gerichts bedürfen und die Eheschließung, die den Mündel auf Lebenszeit bindet, dieser Genehmigung nicht bedarf.[3])

Das Vormundschaftsgericht muß auch den Mündel immer noch besonders hören, ehe es einen Lehrvertrag oder ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis genehmigt (§ 1827). Dadurch soll sich der Mündel vor Ausbeutung selber schützen können. Das wird in der Praxis große Weitläufigkeiten machen. Außerdem kann, wenn erst jedesmal der Mündel gehört werden muß, oft der passende Zeitpunkt für den Abschluß eines Vertrages verstreichen.

Eine Erleichterung gewährt glücklicherweise § 1825 dahin, daß das Gericht auch eine allgemeine Ermächtigung erteilen kann zu allen Geschäften, zu denen der Vormund nach § 1812 die Genehmigung des Gegenvormunds oder die Genehmigung des Gerichts nötig hatte. Aber

---

[1]) das sie in der Regel gern gewähren wird.

[2]) Näheres bei Dernburg, Bürg. R. IV § 120 S. 381. Besonders streitig sind die Prozeßvergleiche. Vgl. a. a. O. Anm. 16, Planck IV S. 572 Nr. 12b (Literatur-Angaben).

[3]) Man wollte wohl den Vormundschaftsrichter in eine Frage der höchstpersönlichen Neigung nicht hineinreden lassen. Die Zustimmung des Vormunds, der dem Mündel in derartigen Angelegenheiten näher steht als der Richter, erschien als genügend.

der hinkende Bote kommt wieder nach. Diese allgemeine Ermächtigung soll nur erteilt werden, wenn sie zum Zweck der Vermögensverwaltung, insbesondere zum Betriebe eines Erwerbsgeschäftes erforderlich ist. Ein penibler Vormundschaftsrichter wird daher wenig geneigt sein, diese allgemeine Genehmigung zu erteilen.[1])

Fehlt bei einem Geschäfte die erforderliche Genehmigung des Gerichts, so ist das Geschäft in der Schwebe, gerade wie das eines Minderjährigen, wenn er allein abschließt. Die §§ 1829 und 1832 enthalten die bekannten Regeln, die sich vier Mal im B.G.B. wiederholen: bei einem Minderjährigen, bei einem, der ohne Vertretungsmacht vertreten wird, bei einer Ehefrau und endlich im vorliegenden Falle (§§ 108 ff., 177 ff., 1396 ff.).

Natürlich haftet der Vormund dem Mündel wegen jedes Verschuldens auf Schadensersatz (§ 1833). Das Gleiche gilt auch vom Gegenvormund. Wenn der Vormund die Fürsorge für die Person des Mündels versäumt, so daß dieser verwahrlost, sich zum Spitzbuben entwickelt, so kann der Vormund nicht auf einen Ersatz in Anspruch genommen werden; denn nur ein Vermögensschaden ist als Schaden zu ersetzen und ein moralischer Schaden nur in Ausnahmefällen, wo es ausdrücklich statuiert wird. Eine solche Ausnahme findet sich hier aber nicht.

Sind mehrere Vormünder da, so haften sie sogar als Gesamtschuldner nebeneinander (§ 1833 Abs. 2).

Honorar kann der Vormund grundsätzlich nicht verlangen, aber ausnahmsweise aus besonderen Gründen kann ihm das Gericht ein solches doch bewilligen (§ 1836).

Wichtig ist noch das zum Teil schon besprochene Aufsichtsrecht des Gerichtes. Der Vormund ist wegen dieses Aufsichtsrechts verpflichtet, über die Führung der Vormundschaft jederzeit Auskunft zu erteilen und alljährlich Rechnung zu legen (§§ 1839, 1840).

Das Gericht kann auch gegen den Willen des Vormunds eingreifen und kann Unterbringung des Mündels in einer Familie oder Erziehungsanstalt anordnen (§ 1838). Gegen Pflichtwidrigkeiten des Vormundes kann es jederzeit durch Gebote und Verbote einschreiten und Ordnungsstrafen bis zu 300 Mark verhängen (§ 1837); ja es kann den Vormund sogar entlassen, wenn das im Interesse des Mündels

[1]) Über die Genehmigung einseitiger Rechtsgeschäfte und die dabei innezuhaltenden Fristen vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 122 XII S. 384.

geboten erscheint (§ 1886). Vor einer Entscheidung soll das Vormundschaftsgericht die Verwandten oder Verschwägerten des Mündels hören, indessen nur auf Antrag des Vormunds; nur in wichtigen Angelegenheiten auch ohne diesen Antrag (§ 1847).

Bei diesen Bestimmungen bleibt völlig im Dunkel, ob das Gericht einem Vormund auch unzweckmäßige Maßregeln untersagen und ihm zweckmäßige vorschreiben kann. Wenn der Vormund z. B. Mündelgelder auf eine Hypothek anlegt, welche nur $2\frac{1}{2}$ pCt. Zinsen gibt, so war im preußischen Recht bekanntlich sehr streitig, ob dann das Gericht vorschreiben könne, daß er eine andere Hypothek suchen soll, die etwa $3\frac{1}{2}$ pCt. zahlt. Die Denkschrift zur Reichstagsvorlage[1]) verneint das und sagt, das würde nicht mehr ein Aufsichtsrecht, sondern es würde bereits eine leitende Anweisung sein.

Die meisten Autoren folgen dieser Ansicht, auch Fuchs. Aber ich glaube, daß dies wenig praktisch ist, zumal bekanntlich die Schadensersatzpflicht des Vormunds hier tatsächlich oft versagt. Deswegen darf man wohl das Aufsichtsrecht etwas freier auslegen. Koehne weist mit Recht darauf hin, daß in dem Aufsichtsrecht mancher Justizbehörden und Staatsanwälte in gewissen Angelegenheiten das Recht zur Anweisung an andere Behörden enthalten ist.[2])

Als besondere Gestaltungen sind noch zu erwähnen:

1. Die befreite Vormundschaft §§ 1852 ff. Der Vater und auch die eheliche Mutter können letztwillig den Vormund von der Bestellung eines Gegenvormunds befreien oder doch von allerlei Beschränkungen, vor allem den Beschränkungen bei der Anlage von Mündelgeldern, ja sogar auch von der Beschränkung, daß bei Verfügungen über das Mündelvermögen die Genehmigung des Gegenvormunds oder des Vormundschaftsgerichts eingeholt werden muß, weiter von der Verpflichtung, die Inhaberpapiere zu hinterlegen und alljährlich während des Amtes Rechnung zu legen. Das ist, wie die Motive[3]) meinen, ein Aus-

[1]) S. 361.

[2]) Der hier schon von Eck erhobene Protest gegen die übliche Beschränkung der gerichtlichen Aufsichtsrechte wird in größerer Schärfe auf rechtsgeschichtlicher Grundlage durchgeführt von Dernburg, Bürg. R. IV § 121 S. 384 ff. Ich kann mich aber nicht des Eindrucks erwehren, daß hierbei Gedanken des preußischen Landrechts nachwirkten im Widerspruche mit den Zielen der späteren Entwickelung, die einer freieren Bewegung des Vormundes anstrebt.

[3]) IV S. 1167.

fluß der elterlichen Gewalt. Die praktische Konsequenz davon ist, daß Vater und Mutter dazu auch dann berechtigt sind, wenn das Vermögen gar nicht von ihnen herrührt, sondern von einem Dritten. Das Gericht kann aber diese Befreiung wieder aufheben, wenn das Interesse des Mündels gefährdet ist (§ 1857), und auch den Vormund zu einer Sicherheitsbestellung für das seiner Verwaltung unterliegende Vermögen anhalten.

Das gemeine Recht gewährt dem Mündel Sicherheit durch ein gesetzliches Pfandrecht am Vermögen des Vormunds und auch durch eine Kautionsleistung. § 61 Nr. 5 der rev. K.O. gibt bekanntlich dem Mündel auch ein Vorzugsrecht im Konkurse des Vormunds. Allein diese Kautionsleistung oder Sicherheitsbestellung ist für den Vormund eine schwere Last und deswegen hat das B.G.B. ebenso wie die Pr. V.O. bestimmt, daß nur aus besonderen Gründen das Gericht den Vormund zur Sicherheitsleistung anhalten kann (§ 1844) und daß der Vormund daraufhin die Vormundschaft ablehnen und seine Entlassung fordern kann. Ist ihm also die Sicherheitsleistung lästig, so kommt er damit zugleich von der ganzen Vormundschaft los. So ist diese ganze Sicherheitsleistung praktisch von geringer Bedeutung und die Vorschriften über die Anlegung der Mündelgelder und die Hinterlegung der Inhaberpapiere sollen dafür Ersatz bieten.

2. Über den Familienrat ist noch bemerkenswert, daß der Familienrat nicht einmal notwendig aus Mitgliedern der Familie zu bestehen braucht. Wenn nicht genug Mitglieder aus der Verwandtschaft zu finden sind, so ist die Verwandtschaft für die von dem Vater oder der ehelichen Mutter benannten oder die vom Familienrat resp. dem Vorsitzenden ausgewählten Mitglieder nicht unerläßlich (§ 1867).

Die Einzelvorschriften entsprechen im wesentlichen dem bisherigen preußischen Recht. Der Vormundschaftsrichter hat den Vorsitz. Er beruft den Familienrat ein. Bei Beschlüssen entscheidet die Mehrheit.[1])

---

[1]) Der in dies Rechtsgebiet fallende § 1875 Abs. 1 gibt dem Reichsgerichte Anlaß zu einer tiefgreifenden Erörterung des Kausalitätsbegriffes (Entsch. Bd. 52 Nr. 98 S. 376), nämlich zu dem Hinweise darauf, daß das B.G.B. auch Unterlassungen zu dem Begriffsumfange der Ursachen zählt.

5. Endigung der Vormundschaft (§§ 1882—1895).

§ 76.

Als Endigungsgründe ergeben sich aus der Natur der Sache: Wegfall der Voraussetzungen, durch die die Vormundschaft bedingt war (§ 1882), Entmündigung des Vormunds (§ 1885) und namentlich Entlassung des Vormunds (§ 1886). Dazu ist das Gericht befugt bei Gefährdung des Mündels; das ist also die gemeinrechtliche oder alt preußisch-rechtliche Remotion. Außerdem kann auch auf Antrag des Vormunds seine Entlassung erfolgen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 1889). Die Folge der Beendigung der Vormundschaft ist natürlich wie bisher die Pflicht zur Rechnungslegung und die Herausgabe des in den Händen des Vormunds befindlichen Vermögens.[1])

6. Vormundschaft über Volljährige (§§ 1896—1908).

§ 77.

Ein Hauptgrund ist natürlich Entmündigung wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Verschwendung und Trunksucht. Dabei geht das B.G.B. nicht so weit, wie die Pr. V.O., die Taubstumme und Blinde einer Bevormundung unterwirft, sondern für diese, bei denen es ja auch keine Entmündigung mehr gibt, kann nach dem B.G.B. nur eine Pflegschaft angeordnet werden (§ 1910).[2])

Für die Vormundschaft über Volljährige gilt dasselbe wie bei der Vormundschaft über Minderjährige (§ 1897) nur mit geringen Abweichungen, z. B. ist das Recht von Vater und Mutter jemand zum Vormund zu ernennen oder auszuschließen bei volljährigen Kindern weggefallen, weil es ein Ausfluß der elterlichen Gewalt ist und die über einen Volljährigen nicht mehr besteht. Dafür sind aber Vater und Mutter an erster Stelle vor den Großvätern gesetzlich berufen (§ 1899).

---

[1]) Eingehenderes bei Dernburg, Bürg. R. §§ 123, 124 S. 395.

[2]) Diese Rechtsänderung hält das Reichsgericht mit gutem Grunde für entscheidend, um die Begriffsgrenze zwischen Vormund und Pfleger festzustellen, vgl. oben S. 534 Anm. 1.

Die Bestellung des Vormunds erfolgt hier ebenso wie bei der Vormundschaft über Minderjährige. Die Notwendigkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bleibt hier dieselbe (§ 1902). Es kommen aber zwei Fälle hinzu. Wenn eine Ausstattung aus dem Vermögen des volljährigen Mündels gewährt werden soll, etwa der Tochter von ihm, so kann das nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts geschehen. Ebenso kann ein Miet- oder Pachtvertrag, durch den das Mündel zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wird und der länger als vier Jahre dauern soll, nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts geschlossen werden.

7. Pflegschaft (§§ 1909—1921).

§ 78.

Die Pflegschaft tritt ein:

1. Wenn jemand zwar unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft steht, aber der Gewalthaber oder Vormund verhindert ist, gewisse Angelegenheiten zu besorgen, etwa weil der dritte Schenker oder Erblasser ihn von der Verwaltung des Kindesvermögens ausgeschlossen hat, so wird dafür ein Pfleger bestellt (§ 1909).

Ein Interimspfleger kann bestellt werden, wenn die Bestellung des Vormunds noch nicht hat vollzogen werden können (§ 1909 Abs. 3), etwa weil ein Streit darüber besteht, ob jemand zum Vormund bestellt werden soll oder nicht.

2. Die Pr. V.O. enthielt den weitgreifenden Paragraphen, daß wenn Personen selber zu handeln außer stande sind, ihnen ein Vormund bestellt werden konnte (§ 90). Das hat § 1910 des B.G.B. genauer zergliedert. Ein Volljähriger, der durch körperliche Gebrechen, weil er taub, blind oder stumm ist, an der eigenen Besorgung seiner Angelegenheiten verhindert ist, kann für seine Person oder sein Vermögen einen Pfleger erhalten. Auch der Volljährige, der durch körperliche oder geistige Gebrechen nur einzelne Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag, kann für diese einzelnen einen Pfleger erhalten (§ 1910 Abs. 2).[1]) Aber in beiden Fällen geschieht dies nur mit der Einwilli-

[1]) Vgl. Entsch. des Reichsgerichtes Bd. 52 Nr. 64 S. 241 ff. Hiernach ist auch für einen nicht bevormundeten volljährigen Geisteskranken die Bestellung eines

gung des Gebrechlichen, und auf sein Verlangen muß diese Pflegschaft auch sofort wieder aufgehoben werden (§ 1920).

3. Ist der Aufenthalt eines Abwesenden unbekannt, oder sein Aufenthalt zwar bekannt, der Abwesende aber an der Rückkehr verhindert (§ 1911), so soll ohne jeden Antrag von Amts wegen für ihn ein Pfleger bestellt werden, genauer nur für seine Vermögensangelegenheiten, soweit sie der Fürsorge bedürfen. Nach § 1911 Abs. 1 Satz 2 soll solch ein Pfleger auch dann bestellt werden, wenn er zwar Vorsorge durch Erteilung eines Auftrags oder einer Vollmacht getroffen hatte, aber Umstände eingetreten sind, die zum Widerruf des Auftrags oder der Vollmacht Anlaß geben, etwa wenn der Bevollmächtigte krank ist.

4. Auch die Pflegschaft einer Leibesfrucht ist geboten, wenn ihre künftigen Rechte einer Fürsorge bedürfen (§ 1912). Da sind Vater und Mutter, denen die elterliche Gewalt zustehen würde, wenn die Leibesfrucht schon geboren wäre, an erster Stelle berufen. In zweiter Linie aber muß ein Pfleger bestellt werden.

Zuständig ist das dasjenige Gericht, welches für die Vormundschaft zuständig sein würde, wenn der Embryo schon geboren wäre (§ 40 des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit).

5. Aus der gemeinrechtlichen cura für unbekannte Erben macht § 1813 ein viel weitergreifendes Institut. Ist nämlich bei einer Angelegenheit der Beteiligte ungewiß, so kann ihm für diese Angelegenheit ein Pfleger bestellt werden, insbesondere auch einem Nacherben, der noch gar nicht geboren ist, oder der erst durch ein künftiges Ereignis bestimmt werden soll. Wenn jemand durch Testament bestimmt: A. soll mein Erbe sein, wenn aber jemand das lenkbare Luftschiff erfindet, so soll A. die Erbschaft an diesen Erfinder herausgeben, dann muß für den etwaigen Erfinder schon jetzt ein Pfleger bestellt werden.[1])

6. Über ein Vermögen, das durch eine öffentliche Sammlung für einen vorübergehenden Zweck zusammengebracht ist, soll ein Pfleger be-

---

Pflegers zulässig, worüber die Praxis schwankte (vgl. Dernburg, Bürg. R. IV § 127 Anm. 11). Hier ist also nicht blos die vorläufige Vormundschaft des § 1906 möglich, vgl. über diese Dernburg, Bürg. R. IV § 126 und die dort in Anm. 1 Genannten.

[1]) Sofern nicht etwa das Gericht geneigt ist, auf diesen Fall das Recht der unmöglichen Bedingungen anzuwenden.

stellt werden, wenn die zur Verwaltung und Verwendung berufenen Personen weggefallen sind (§ 1914). Hier ist das Eigentümliche, daß gar kein Subjekt, nicht einmal ein ungewisses vorhanden ist, welches als Pflegling bezeichnet werden könnte, sondern nur das Vermögen. Es fragt sich, wer ist das Subjekt dieses Vermögens? Setzt man, daß die Sammler oder gar die Geber Miteigentümer sind, so kommt man dahin, daß sobald einer derselben in Konkurs verfällt, sein Anteil an dem Sammelvermögen in die Masse fällt und herausgezogen werden muß. Will man die Destinatäre, denen das Vermögen zu Gute kommen soll, als Subjekt bezeichnen, so sind solche Destinatäre vielleicht gar nicht vorhanden, wenn z. B. ein Denkmal gesetzt werden soll. Andere behaupten, es werde ein subjektloses Vermögen anerkannt. Man wird wohl schließlich dahin gedrängt zu sagen, daß hier die Sammler bezw. wenn sie durch Tod weggefallen sind, deren Erben dies Vermögen zur gesamten Hand haben und zwar als Fiduziare. Darum ist ihre Verwaltung gebunden und kann ihnen auch ein Pfleger dafür bestellt werden. Dann müßte man freilich auch annehmen, daß im Falle des Konkurses eines dieser Mitglieder ein Aussonderungsrecht auf dieses fiduziarische Vermögen stattfinden kann. Doch will ich mich in diese Frage nicht weiter vertiefen.[1])

Das Rechtsverhältnis bei der Pflegschaft ist in § 1915 durch eine Verweisung bestimmt. Es finden die Regeln über die Vormundschaft Minderjähriger analog Anwendung, ein Gegenvormund ist nicht erforderlich. Im übrigen gelten namentlich für Geschäftsabschlüsse dieselben Regeln bezüglich der Genehmigung des Gerichtes. Nur ein Unterschied fällt sofort auf. Der Pflegling kann möglicherweise in der Geschäftsfähigkeit vollkommen unbeschränkt sein. Dann bedarf er wenigstens der Genehmigung des Gegenvormunds und des Gerichts nicht, selbst da nicht, wo ein Pfleger an diese Genehmigung gebunden sein würde. Also kann der Pflegling möglicherweise viel selbständiger sein als sein Pfleger. Das ist unabweislich.

Die Pflegschaft kann in allen Fällen kraft Gesetzes endigen, z. B. wenn die elterliche Gewalt aufhört, mit Rücksicht auf welche für einzelne Vermögensstücke ein Pfleger bestellt war, wenn z. B. die Leibesfrucht geboren wird. In anderen Fällen wird die Pflegschaft durch Gericht

[1]) Die Ansicht des Herausgebers ergibt sich aus seinem „Allgemeinen Teil" in der Guttentag'schen Sammlung S. 110 Anm. 3, vgl. Dernburg, Bürg. R. I § 94.

aufgehoben (§ 1919), z. B. wenn jene Gebrechlichkeit, um deren willen sie bestellt war, gehoben wird, oder wenn der Abwesende zurückkehrt.

In Summa: Die Vorschriften des B.G.B. über die Vormundschaft sind sehr sorgfältig und von tiefem Wohlwollen für den Mündel diktiert. Aber sie verlieren sich oft ungemein ins Einzelne. Es wird keine Kleinigkeit sein, das künftige Vormundschaftsrecht richtig anzuwenden. Eins ist sicher, daß die in den Motiven ausgesprochene Hoffnung, daß die Vormundschaftsgerichte künftig entlastet werden, ganz und gar nicht in Erfüllung gehen wird.

Nachtrag zu S. 297 Anm. 1.

Anders Entsch. des Reichsger. Bd. 55 Nr. 51 S. 217 ff. Dies hält am Wortlaut des § 1163 fest und wendet ihn auch auf Höchstbetragshypotheken an. Zuzugeben ist, daß dieser Wortlaut in jedem Fall ungenau ist; denn eine Hypothek, die nicht besteht, kann auch der Eigentümer nicht erwerben, höchstens eine Hypothek mit dem Inhalt, den die nicht bestehende haben würde, wenn sie bestünde. Bei dieser berichtigenden Auslegung verlieren die Ausführungen des Herausgebers a. a. O. allerdings an Kraft. Vgl. auch Kindel in den Festgaben für Koch S. 75 ff.

Druck von Otto Walter in Berlin S. 14.

Vorträge

über das

Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Von

Dr. Ernst Eck,
Geh. Justizrat,
Professor der Rechte an der Universität Berlin.

Nach des Verfassers Tode durch Feststellung des Wortlautes fortgeführt und mit Anmerkungen versehen

von

Dr. R. Leonhard,
Geh. Justizrat,
Professor der Rechte an der Universität Breslau.

Band III

(enthaltend Bürgerliches Gesetzbuch Buch V, Anhang I: Das internationale Privatrecht, Anhang II: Übergangsvorschriften und Sachregister).

Erste und zweite Auflage.

Berlin 1904.
J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung,
G. m. b. H.

Vorwort zum dritten Bande.

Das Erbrecht Ecks als Teil seiner Vorträge erfreute sich eines so außerordentlichen Rufes, daß zunächst, ehe eine Wiederherstellung und Herausgabe des Ganzen geplant wurde, der Gedanke obwaltete, diesen Teil für sich allein zu veröffentlichen.

Die Gründe, aus denen er der Besprechung des Sachenrechts und des Familienrechts vorangestellt wurde, habe ich inzwischen von zuverlässiger Seite ermittelt. Es geschah dies auf einen besonderen Wunsch der Zuhörer, die diesen wichtigen Abschnitt möglichst bald kennen lernen wollten.

Auch bei dem dritten Bande muß wie bei dem vorigen der Herausgeber für die Unterstützung danken, die ihm Herr Ober-Landesgerichtsrat Ebert bei der Durchsicht der Druckbogen und durch Hinweise auf wichtige Gerichtsurteile, sowie Herr Assessor Dr. Gaertner bei der Prüfung der Handschriften gewährt haben.

Um die Ergänzung der Nachschrift aus dem Vorbereitungshefte hat sich in diesem Bande vornehmlich der Sohn des verewigten Verfassers, Herr Assessor Dr. Eck, verdient gemacht.

Breslau, im Juni 1904.

A. Leonhard.

Inhaltsverzeichnis.

Buch V.

Erbrecht.

Kapitel I.

Erbfolge im allgemeinen.

		Seite
§ 1.	1) Grundregeln	1
§ 2.	2) Gesetzliche Erbfolge. (§§ 1924—1936)	5
§ 3.	3) Fiskus	15

Kapitel II.

Die Rechtsstellung des Erben.

§ (5) 4.	1) Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. (§§ 1942—1968)	17
§ (6) 5.	2) Die Schuldenhaftung des Erben	23
§ (7) 6.	3) Inventarerrichtung. (§§ 1993—2013)	27
§ 7.	4) Ausschließung von Gläubigern durch Aufgebot. (§§ 1970—1974)	33
§ 8.	5) Aufschiebende Einreden	37
§. 9.	6) Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs.	
	a) Die Nachlaßverwaltung	38
	b) Der Nachlaßkonkurs	42
§ 10.	7) Einrede der beschränkten Haftung	43
§ 11.	8) Erbschaftsanspruch. (§§ 2018—2031)	46
§ 12.	9) Rechtsverhältnis von Miterben unter einander. (§§ 2032—2049)	54

Seite

§ 13. 10) Ausgleichungspflicht. (§§ 2050–2057) 62

§ 14. 11) Stellung der Miterben zu den Nachlaßgläubigern. (§§ 2058 bis 2063) 70

§ 15. 12) Erbschein. (§§ 2353—2370) 82

Kapitel III.

Das Testament.

§ 16. 1) Allgemeine Grundsätze. (§§ 2064—2086) 86

§ 17. 2) Erbeinsetzung. (§§ 2087—2099) 92

3) Einsetzung eines Nacherben. (§§ 2100—2146).

§ 18. a) Im allgemeinen 97

§ (20) 19. b) Rechtsstellung des Vorerben und des Nacherben . . . 109

4) Vermächtnisse. (§§ 2147—2191.)

§ 20. a) Im allgemeinen 122

§ 21. b) Einzelne Arten von Vermächtnissen 129

§ 22. 5) Auflagen. (2192–2196) 138

§ 23. 6) Testamentsvollstrecker. (§§ 2197–2228) 141

§ 24. 7) Errichtung eines Testaments. (§§ 2229—2252) 161

§ 25. 8) Die Aufhebung eines Testaments. (§§ 2253—2258) 168

§ 26. 9) Eröffnung eines Testaments. (§§ 2259—2264) 170

§ 27. 10) Gemeinschaftliche Testamente. (§§ 2265—2273) 171

11) Erbvertrag. (§§ 2274—2302.)

§ 28. a) Im allgemeinen 183

§ 29. b) Wiederaufhebung und Rücktritt 190

§ 30. 12) Erbverzicht. (§§ 2346—2352) 195

Kapitel IV.

Erbunwürdigkeit.

§ 31. Gründe und Wirkungen der Erbunwürdigkeit. (§§ 2339—2345) . 197

Kapitel V.

Pflichtteilsrecht.

§ 32. 1) Allgemeine Grundsätze. (§§ 2303—2338) 205

§ 33. 2) Berücksichtigung von ausgleichungspflichtigen Zuwendungen. (§ 2316) 213

Seite

§ 34. 3) Abwälzung der Pflichtteilslast. (§§ 2318—2324) 220
§ 35. 4) Entziehung und Schmälerung des Pflichtteils. (§§ 2333—2338) 221
§ 36. 5) Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils. (§§ 2325—2331) . 225

Kapitel VI.

Erbschaftskauf.

§ 37. Erbschaftskauf. (§§ 2371—2385) 229

Erster Anhang.

Das internationale Privatrecht 233

Zweiter Anhang.

Übergangsvorschriften 265

Sachregister 299

Nachträge und Berichtigungen.

Band III zu Seite 43.

Soeben erschien: Praktische Streifzüge auf dem Gebiete der Erbenhaftung von Hermann Meyer, Geh. Justizrat, Oberlandesgerichtsrat in Breslau. Berlin. Franz Vahlen 1904.

Band III zu Seite 45

(für den Teil der Auflage, der nicht mehr korrigiert werden konnte):

„Gegen den Text sprechen die §§ 1991 und 1979".

Band I, Seite 178 Zeile 15: statt § 197 lies § 167.
„ I, „ 263 Zeile 6: statt Dici lies Dici.
„ 2, „ 91 Zeile 17: statt § 817 lies § 897.
„ 2, „ 212 Zeile 5: statt faciendo lies patiendo.
„ 2, „ 245 Anm. 2: statt Einführungsgesetz lies Ausführungsgesetz.
„ 2, „ 543 Zeile 1: statt §§ 1743—1748 lies §§ 1793—1836.
„ 2, „ 560 Zeile 22: statt § 1813 lies 1913.
„ 3, „ 109 Zeile 6: statt § 20 lies § 19.
„ 3, „ 261 Zeile 36: statt Reichstag lies Reichskanzler.
„ 3, „ 296 Zeile 22: statt Art. 917 lies Art. 217.

Buch V. Erbrecht.

(Strohal, Das deutsche Erbrecht. Zweite Auflage, Berlin 1901. Dritte Auflage (bis § 60), Berlin 1903. Boehm, Das Erbrecht des B.G.B. Hannover 1896, zweite Auflage 1900.) [1]

Kapitel I. Erbfolge im allgemeinen.

1. Grundregeln.

§ 1.

Die Erbfolge ist auch nach B.G.B. Universalsukzession (Gesamtnachfolge). Denn nach § 1922 geht der Nachlaß, das Vermögen des Erblassers als Ganzes auf den oder die Erben über. Dieser Übergang aber vollzieht sich nicht wie nach römischem Recht erst durch Antretung, sondern wie nach preußischem Recht schon mit dem Erbfall d. h. mit dem Tode des Erblassers [2] „der Tote erbt den Lebendigen". Das B.G.B. benennt diesen Übergang zwar in § 1942 mit dem gemeinrechtlichen Ausdruck: „Anfall" der Erbschaft, doch gerade wie das Pr. A.L.R. nur in dem Sinne, daß dem Erben die Möglichkeit der Wiederausschlagung, der Abstimmung binnen sechs Wochen oder bis zur Annahme verbleibt. Aber die Wirkung des Anfalls ist nicht bloße Delation, sondern bereits Erwerb, Sukzession.

---

[1]) Vgl. hierzu namentlich noch den Kommentar von Georg Frommhold, Heymanns Verlag 1900, sowie die bekannten Lehrbücher und Kommentare des B.G.B., ferner Paul Meyer, Das Erbrecht des B.G.B. f. d. D. R. Marburg, Elwert 1904, Lieferung 1—4 (Lieferung 1—3 in zweiter Ausgabe). Daselbst § 8 S. 24 ff. eingehende Literaturangaben; ebenso bei Strohal a. a. O. S. 8.

[2]) Der Satz viventis nulla est hereditas zeigt sich unter anderm auch darin, daß keine Feststellungsklage auf ein Erbrecht in den Nachlaß eines Lebenden möglich ist. Entsch. d. R.G. Bd. 49 S. 372 Nr. 91.

Und zwar verbindet sich mit dem Erbfall der Erwerb nicht bloß grundsätzlich, sondern ausnahmslos: Nach B.G.B. kann die Erbschaft keinen Augenblick erblos sein. Denn:

a) wenn der zunächst Erbe gewordene ausschlägt, gilt nach § 1953 der Anfall an ihn als nicht erfolgt und nunmehr als Erbe rückwärts schon seit dem Erbfall derjenige, welcher beim Nichtvorhandensein des Ausschlagenden von vornherein schon beim Erbfall berufen gewesen wäre.

b) Wenn der Testamentserbe unter einer Suspensivbedingung oder einem dies a quo berufen ist, tritt bis zur Erfüllung derselben der Intestaterbe (gesetzliche Erbe) als Vorerbe ein; der Testamentserbe wird nur Nacherbe (§ 2105) (entgegengesetzt Preuß. Recht). Die umgekehrte Folgeordnung tritt bei Einsetzung eines Erben mit Resolutivbedingung oder dies ad quem ohne Bestimmung eines Nacherben ein: Die Testamentserben werden Vorerben, die Intestaterben gelten als zu Nacherben eingesetzt. Endlich

c) in Ermangelung eines Testaments- oder Intestaterben ist der Fiskus notwendiger Erbe jedes Erblassers §§ 1936—1942 Abs. 2 (keine Ausschlagung) — also ist eine hereditas jacens unmöglich. Jeder Erbe ist heres necessarius nur mit dem jus abstinendi, durch dessen Ausübung dann der Hintermann mit rückwirkender Kraft Erbe wird, sogar dann, wenn dieser Hintermann inzwischen gestorben sein sollte. Dann gilt eben sein Erbrecht als auf seinen Erben transmittiert (§ 1953) im Widerspruche mit dem römischen Rechte (§ 6 J. de legit. adgnat. succ. 3, 2), in Übereinstimmung mit dem preußischen.

Beispiel: Der Erblasser hinterläßt einen Sohn als Erben, außerdem einen Bruder und einen Vetter. Nach dem Erblasser stirbt der Bruder und dann schlägt der Sohn aus. Wer wird Erbe? Nicht der Vetter, sondern es wird gehalten, als wäre der Bruder Erbe geworden. Statt seiner erbt des Bruders Erbe z. B. seine Frau.

Eine wissenschaftliche Konstruktion ist hier nur in der Art möglich, daß beim Erbfall nicht bloß der nächste Erbe, sondern auch alle folgenden berufen sind, der nächste mit einer Resolutivbedingung, falls er ausschlägt, jeder andere unter der Suspensivbedingung, falls alle seine Vordermänner ausschlagen. Wenn die Resolutivbedingung defiziert, dann fallen auch alle Suspensivbedingungen aus.[1])

[1]) Die hier erwähnten Bedingungen können aber nicht als eigentliche, sondern nur als conditiones juris in Frage kommen.

Als Voraussetzung der Erbfolge gilt auch nach B.G.B. außer dem Tod des Erblassers das Vorhandensein des Erben zur Zeit des Erbfalls (§ 1923), wobei aber genügt, daß der Erbe erzeugt ist.

Beim Vorhandensein des nasciturus bleibt dann die Rechtslage unentschieden. Wird ein lebendes Kind geboren, so ist es schon Erbe gewesen seit dem Erbfall; bei Totgeburt ist sein Hintermann Erbe gewesen. Also auch hier besteht keine hereditas jacens, sondern nur Ungewißheit über die Person des Erben.

Dagegen wird die Einsetzung eines erst nach dem Erbfall Erzeugten (nondum conceptus) nur durch Konversion aufrecht erhalten: als Berufung desselben zum Nacherben und ebenso die Einsetzung einer juristischen Person, die erst nach dem Erbfall entsteht (§ 2101). Nur die Stiftung gilt nach § 84 als vorher entstanden, wird also nicht Nacherbin, sondern unmittelbar Erbin.

Die Konsequenz, aus der Unfähigkeit des Nacherzeugten gesetzlicher Erbe zu werden, kann freilich hart sein. Z. B. der Erblasser hinterläßt als einzigen Verwandten einen Bruder. Dieser erzeugt nach dem Anfall der Erbschaft einen Sohn, schlägt aber dann die Erbschaft aus. Hier fällt sie nicht dem Sohn des Bruders, also dem Neffen des Erblassers an, weil er nacherzeugt ist, vielmehr ist der Fiskus berufen.

Die Gründe der Erbfolge sind auch nach B.G.B.:

a) Gesetz (§§ 1924–1936),

b) einseitiger letzter Wille (Testament) oder Verfügung von Todes wegen (§§ 1937, 2064 ff.).

c) Erbvertrag (§§ 1941, 2274 ff.).

Dabei ist das Gesetz abweichend von der römischen und preußischen Auffassung als Regel vorangestellt (Wer will sanft und selig sterben, lasse sein Gut seinen rechten Erben), die Verfügung von Todes wegen folgt als Ausnahme. Das Intestaterbrecht ist nicht mehr ein subsidiäres Testament, sondern die normale Gestaltung der Erbfolge.

Der Satz nemo pro parte testatus ist gestrichen, so daß die verschiedenen Berufungsgründe auch neben einander Platz greifen können. Die Folge zeigt sich:

a) wenn nur ein Erbe eingesetzt und auf einen Bruchteil beschränkt ist, dann gilt für den Rest grundsätzlich gesetzliche Erbfolge (§ 2088) ebenso wenn mehrere Erben auf Bruchteile eingesetzt sind,

die das Ganze nicht erschöpfen und nur wenn die Absicht war, die gesetzliche Erbfolge auszuschließen, kommt es nach § 2094 zur Anwachsung.

Beispiel: Der Testator hat zu Erben seine beiden Freunde A. und B. berufen. B. fällt weg. Dann fällt die Erbschaft zu ½ an seine gesetzlichen Erben.

b) Mehrere Testamente, die sich inhaltlich nicht widersprechen, gelten neben einander (§ 1951 Abs. 2 Satz 2, § 2258).

Eine Mehrheit von Erben ist zugelassen und zwar:

a) können sie neben einander Miterben werden, dann ist der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen zwar mit Anteilen der Miterben, aber nicht mehr wie im römischen Rechte an den einzelnen Stücken (§§ 2032 ff.),

b) sie können auch nach einander Erben werden, Vor- und Nacherbe (§§ 2100 ff.) eine Fortbildung des römischen Universalfideikommisses, so daß auch der Satz: semel heres semper heres beseitigt ist.

Natürlich ist die Freiheit der letztwilligen Verfügung durch das Pflichtteilsrecht (sog. materielles Noterbrecht) beschränkt §§ 2303 ff. (zu Gunsten von) Abkömmlingen, Eltern, Ehegatten. Diese haben zwar nicht ein Recht darauf, Erbe zu werden, aber sie können vom Wert ihres gesetzlichen Erbteils die Hälfte fordern.

Endlich sind neben der Erbfolge letztwillige Zuwendungen einzelner Vorteile auf Kosten der Erbschaft möglich durch Vermächtnis. Auch solche Singularverfügungen durch letzten Willen heißen „Testament" (§ 1939). Sie können auch durch Erbvertrag getroffen werden, nach § 1941 selbst ohne Erbeinsetzung; besser würde es dann heißen: „Vermächtnisvertrag". Ja solche Zuwendungen sind auch durch das B.G.B. selbst bestimmt. So § 1932 der eheliche Voraus, § 1969 der Unterhalt von Familienangehörigen während 30 Tage. Doch sind auch hier die Berechtigten immer nur forderungsberechtigt gegenüber dem Belasteten; nie mehr folgen sie dem Erblasser unmittelbar nach.

Wie das Vermächtnis wird auch die Auflage behandelt, §§ 1940, 1941.

Kurz alle am Nachlasse beteiligten Anwärter außer dem Erben sind wie Gläubiger nur forderungsberechtigt.

Eine Hauptabweichung vom bisherigen Recht ist hiernach der Begriff des Testamentes als einer einseitigen Verfügung von Todes wegen.

Sein Inhalt kann sogar eine bloße Ausschließung sein (z. B. mein Vetter August erhält nichts) im Widerspruch mit der alten Regel: exheredatio est res inter extraneos inepta. Folglich ist jeder Nachzettel ein eigenes Testament. Während die Hinterlassung mehrerer Testamente nach gemeinem Recht unmöglich und nach preußischem Recht selten war, wird sie nach B.G.B. alltäglich werden.

2. Gesetzliche Erbfolge. (§§ 1924—1936.)

§ 2.

R. Wilke, Gutachten aus dem Anwaltstande. 1898. S. 975—989.

Ernst Heymann, Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandtenerbrechts, Jena 1896 (nach der Reichstagsvorlage).[1])

Gesetzliche Erben sind:

1. die Blutsverwandten des Erblassers ohne Beschränkung auf Erbgrenzen (§ 1929). (Die Reichstagskommissionsvorlage ließ hinter 5 Parentelen eine solche Beschränkung eintreten).
2. Der überlebende Ehegatte (§ 1931).
3. Der Fiskus (§ 1936).

Zu den Verwandten gehören auch uneheliche Kinder doch nur im Verhältnis zur Mutter und zu den mütterlichen Verwandten (§ 1705). Dagegen nicht im Verhältnis zum Vater (§ 1589 Abs. 2 abweichend vom preußischen Recht). Eine Ausnahme gilt für Kinder aus einer Putativehe auch dem Vater und den väterlichen Verwandten gegenüber (§ 1699). Adoptivkinder und ihre Abkömmlinge kommen nur dem Adoptanten, nicht auch dessen Verwandten gegenüber in Betracht (§ 1757) und ohne Gegenseitigkeit des Verhältnisses §§ 1759, 1763.

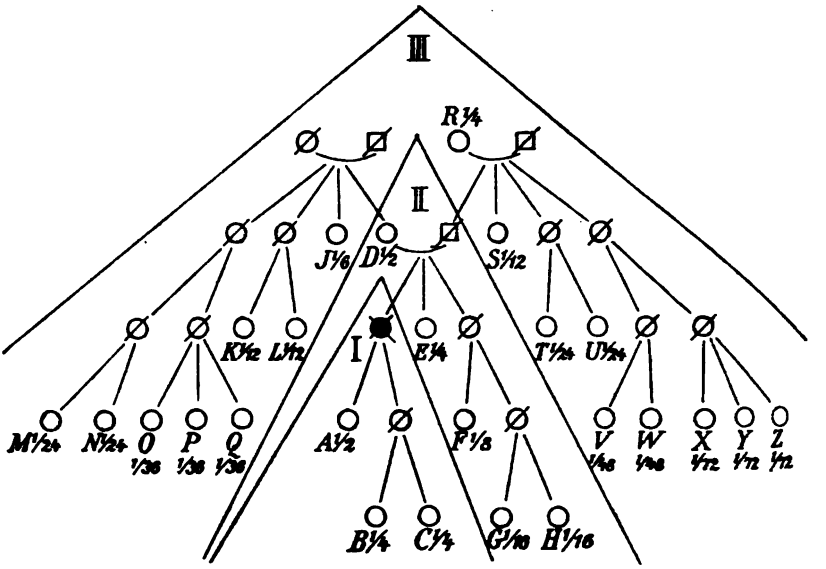
Die Folgeordnung bestimmt sich nicht mit Rücksicht auf die Gradesnähe; dies wäre undurchführbar, weil dabei der natürliche Bau der Familie zerrissen wird, sondern wie im altdeutschen Recht[2]) und

[1]) Vgl. des Herausgebers Abhandlung (Vortrag am 6. März 1901 in der Wiener juristischen Gesellschaft) in Grünhuts Zeitschr. Bd. 29 S. 229 ff.: „Der Einfluß des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches auf die neue deutsche Erbfolgeordnung" und hierzu Ehrenzweig, Die österreichische Erbfolgeordnung, Wien 1903. Weitere Litteratur in Meyers Lehrbuch: Das Erbrecht S. 96 Anm. 1.

[2]) Daß hierbei weniger altdeutsche Anschauungen, als vielmehr moderne ob-

im österreichischen und Zürcher Gesetzbuch nach der natürlichen Gliederung der Familie (Abschichtung) in Parentelen oder Ordnungen.

Gesamtbild der Parentelenordnung des früheren deutschen Rechts.



Parentel ist die gesamte Nachkommenschaft eines Hauptes.

Die erste Ordnung bilden nach § 1924 die eigenen Abkömmlinge des Erblassers; er ist Familienhaupt; die zweite Ordnung nach § 1925 seine Eltern und deren Abkömmlinge (also die Geschwister des Erblassers und deren Kinder (Neffen, Nichten) u. s. w. — zwei Parentelenhäupter; die dritte nach § 1926 die Großeltern und deren Abkömmlinge (4 Parentelenhäupter), Onkel und Tante des Erblassers und deren Kinder u. s. w.

Hierbei bestehen zwei Linien: eine mit den väterlichen Großeltern, eine mit den mütterlichen Großeltern u. s. w. (§§ 1926—1929).

So lange Mitglieder einer näheren Parentel vorhanden sind, wird niemand aus einer ferneren gerufen (§ 1930).

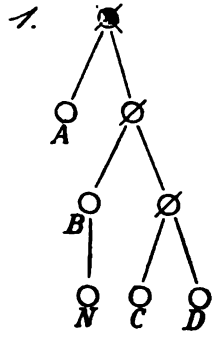
---

walteten, hat der Herausgeber in seinem oben angeführten Vortrage (Anm. 1) darzulegen gesucht.

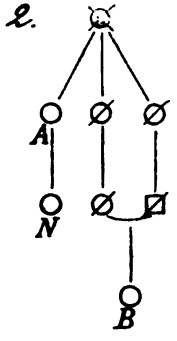
Hiernach schließt z. B. unter Seitenverwandten der Neffe F. oder Großneffe G. H. den Onkel J. aus. Denn der Vorzug gebührt nicht dem Onkel, obwohl er dem Grade nach so nahe wie der Neffe (dritte Grad) und näher wie der Großneffe ist, sondern dem, welcher die näheren Stammeltern mit dem Erblasser gemeinsam hat.

Innerhalb jeder Ordnung aber schließt ein lebendes Mitglied stets seine eigenen Abkömmlinge aus (z. B. ein Sohn die von ihm erzeugten Enkel). So § 1924 Abs. 2 wiederholt in § 1925 Abs. 3 ꝛc. Dagegen treten an Stelle eines nicht mehr lebenden Mitgliedes seine Abkömmlinge ein (Repräsentations- oder Eintrittsrecht) (§ 1924 Abs. 3) und die Teilung erfolgt folgerecht stets in stirpes (z. B. Kinder) zu gleichen Teilen (§ 1924 Abs. 4).

Erste Ordnung nach B.G.B.

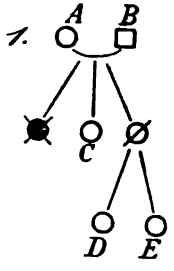


§ 1924. A 1/2, B 1/4, C D je 1/8.

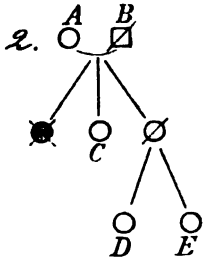


§§ 1924, 1927. A 1/3, B 1/3 + 1/3.

Zweite Ordnung nach B.G.B.

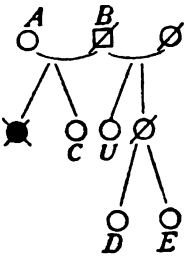


§ 1925 Abs. 1 u. 2.
A B je 1/2.



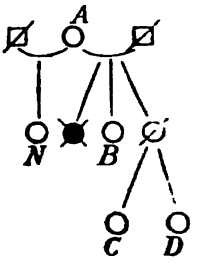
§ 1925 Abs. 1 u. 3 S. 1.
A 1/2, C 1/4, D E je 1/8.

3.



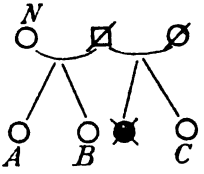
§ 1925 Abs. 1 u. 3 S. 1.
A 1/2, C U je 1/6, D E je 1/12.

4.



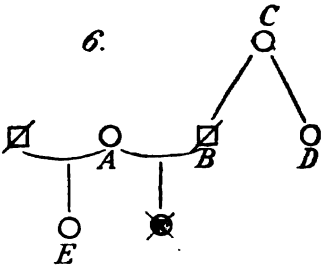
§ 1925 Abs. 1 u. 3 S. 1.
A 1/2, B 1/4, C D je 1/8.

5.



§ 1925 Abs. 1 u. 3 S. 1.
A B je 1/6, C 1/2 + 1/6.

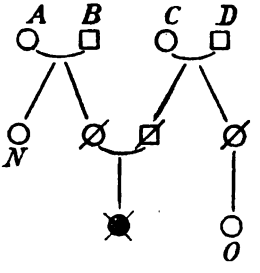
6.



§ 1925 Abs. 1 u. 3 S. 2.
A 1/1.

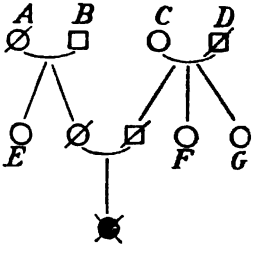
Dritte Ordnung nach M.H.M.

1.

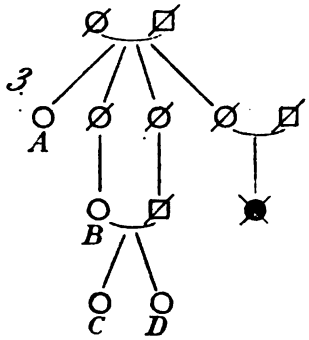


§ 1926 Abs. 1 u. 2.
A B C D je 1/4.

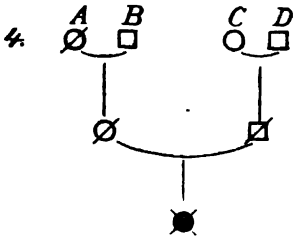
2.



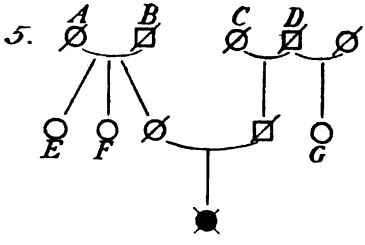
§ 1926 Abs. 1 u. 3 S. 1 Abs. 5.
B E C je 1/6, F G je 1/6.



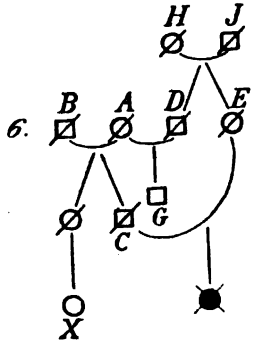
§ 1926 Abs. 1 u. 3 S. 1 Abs. 4 u 5.
A B je $1/3$, C D je $1/6$.



§ 1926 Abs. 2 u. 3 S. 2.
B $1/2$, C D je $1/4$.



§ 1926 Abs. 1 u. 3 S. 1 und 2 Abs. 5.
E F je $1/4$, G $1/2$.



§ 1926 Abs. 1 u. 5 § 1927.
G $1/2 + 1/8$, X $1/4 + 1/8$.

Enkel erhalten zusammen die Portion ihres parens; Abkömmlinge, die mehreren Stämmen angehören, erhalten in jedem derselben ihre Portion (§ 1927). Jeder gilt als besonderer Erbteil.

Beispiel: O. I. Nr. 1 und 2. (S. 7.) Im Beispiele 2 kann B. ein Drittel nehmen, das andere ausschlagen (1927 a. E., anders § 1950).

Dies ist wichtig, wenn z. B. auf einem eine Kollationspflicht ex persona parentis ruht, die mehr beträgt als das Erbteil wert ist. (Aber auch, wenn B. beide annimmt und ein Erbteil durch Anrechnung eines conferendum erschöpft wird, so braucht er vom anderen nichts zuzusetzen (§ 1935).

Die zweite Ordnung hat zwei Parentelenhäupter, deren jedes mit seinen Abkömmlingen einen Stamm bildet, wobei aber die Abkömmlinge des einen zugleich die des anderen sein können[1]).

Wenn nur Vater und Mutter leben, so erben sie allein und zu gleichen Teilen, § 1925 Abs. 2 (Schoßfall, ähnlich wie im Pr. A.L.R.). Wenn aber eins der Elternteile (Parentelenhaupt) nicht mehr lebt, treten dessen Abkömmlinge an seine Stelle. Dies Eintrittsrecht gilt auch für halbbürtige Geschwister (Vollblut nimmt mit beiden Händen Erbe, Halbblut mit einer) und auch für uneheliche Kinder (§ 1925 Abs. 3).

Für die dritte Ordnung ist wieder folgerecht, daß wenn die Großeltern leben, sie allein erben (§ 1926).

Wenn die Großeltern, d. h. alle vier leben, so schließen sie ihre Abkömmlinge aus und erben allein, zu gleichen Teilen: jede Linie erhält $^1/_2$ und jeder Großelternteil ist $^1/_4$ (§ 1926 Abs. 2, S. 9 Fig. 1).

Wenn ein Großelternteil nicht mehr lebt, so treten an seine Stelle seine Abkömmlinge (§ 1926 Abs. 3 S. 9, Fig. 2). Die beiden Viertel der vorverstorbenen Großeltern fallen auf ihre Abkömmlinge hinunter und wenn ein Großelternpaar nicht mehr lebt und auch keine Abkömmlinge von ihnen leben, dann erben die anderen Großeltern oder ihre Abkömmlinge allein (§ 1926 Abs. 4).

Wenn ein Großelternteil verstorben ist, ohne Abkömmlinge zu hinterlassen, so bildet zufolge der Scheidung von Vater- und Mutterlinie jedes Großelternpaar eine Einheit, und beim Ausfallen eines Großelternteils fällt der Erbteil desselben an den mit ihm verbundenen anderen Stamm und in zweiter Linie an dessen Abkömmlinge, Abs. 3 Seite 2.

Hier werden also die Bruchteile zunächst nach Linien gebildet und sodann nach Stämmen. Für alle drei Ordnungen gilt § 1927 (gleichzeitiges Erbrecht in verschiedenen Stimmen), vgl. Erste Ordnung Fig. 2 S. 7.

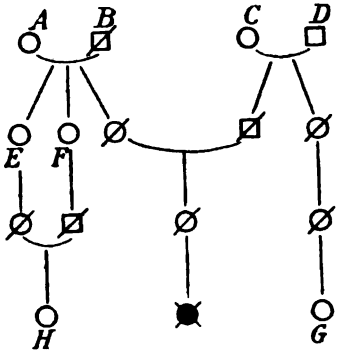
In den entfernteren Ordnungen würde die fortgesetzte Repartition zur Zersplitterung der Erbschaft in Minimalquoten (Pulverisierung) führen. Um dies zu vermeiden, empfiehlt sich hier innerhalb einer jeden Parentel eine Bevorzugung der Gradesnähe.

So im B.G.B. von der vierten Ordnung an (§ 1928).

---

[1]) Beispiele siehe auf S. 7 u. 8.

Vierte Ordnung nach B.G.B.



§ 1928 Abs. 1, 2 u. 3. A C D je $^1/_3$; wenn diese vorverstorben sind, E F je $^1/_2$, wenn auch die letzteren es sind, G $^1/_2$ und H $^1/_2$.

Hier findet sich keine Unterscheidung von Linien, keine von Stämmen und kein Eintrittsrecht, dafür entscheidet die Gradesnähe. Urgroßeltern schließen z. B. die Abkömmlinge anderer vorverstorbener Urgroßeltern, und wenn nur Abkömmlinge von Urgroßeltern vorhanden sind (z. B. ein Bruder des Großvaters und ein Vetter des Vaters), so schließt nach § 1928 Abs. 3 der nähere Grad den entfernteren aus. Dies ist die Linealgradualordnung. Gleich Nahe teilen nach Köpfen. Ebenso weiter in der fünften Ordnung und den ferneren (§ 1929).

Schließlich sind noch einige Einzelfragen, die verschiedene Ordnungen oder alle betreffen, zu erwähnen:

1. Das Eintrittsrecht (Repräsentationsrecht) der Abkömmlinge ist vom Gesetz (§ 1924 Abs. 3) an die Bedingung geknüpft, daß ihr parens nicht mehr lebt; also ist es nicht erforderlich, daß er, wenn er noch lebte, selbst den jetzigen Erblasser beerbt haben würde, und daß er von seinen Abkömmlingen beerbt worden ist. Darin liegt das Prinzip: entferntere Abkömmlinge beerben ihren Großvater aus eigenem, nicht aus abgeleitetem Recht (= röm. und preuß. Recht). Beispiel O. I. 1 S. 7.

2. § 1924 Abs. 3 sagt nur, daß der entferntere Abkömmling an Stelle eines nicht mehr Lebenden eintritt, und weiter, daß nach Abs. 2 der Lebende seine Abkömmlinge ausschließt. Wenn der nähere Abkömmling B. zwar lebt, aber nicht zur Erbfolge gelangt, weil er a) ausschlägt, oder b) für erbunwürdig erklärt wird, oder c) durch-

Testament des Erblassers ausgeschlossen ist, so soll dennoch an seine Stelle der entferntere eintreten. Diese Bestimmung ist zwar nirgends allgemein ausgesprochen, aber daraus zu schließen, daß in jedem der drei Fälle der nicht zur Erbfolge gelangende als nicht vorhanden gilt. § 1953 (Ausschlagung), § 2344 (Erbunwürdigkeit), §§ 1938, 2309, 2320 (Ausschließung).

Nur beim Erbverzicht von Abkömmlingen und Seitenverwandten besteht eine Ausnahme insofern, als derselbe im Zweifel auch für die Abkömmlinge des Verzichtenden gilt (§ 2349). Aber davon abgesehen, ist aus den drei Einzelbestimmungen die Regel zu erschließen: Dem Nichtleben eines Verwandten steht das Nichterben desselben gleich, oder: „der nicht Erbende gilt erbrechtlich als nicht vorhanden". Fit repraesentatio etiam vivi parentis. (Anders mit Unrecht Heymann S. 54 für den durch Testament Ausgeschlossenen.)[1])

3. Für den Fall, daß ein zum Erben Berufener nach dem Erbfall wieder wegfällt (durch Ausschlagung, Erbunwürdigkeitserklärung und der nasciturus durch Totgeburt), ist vorher schon betont, daß der Anfall an ihn als nicht erfolgt gilt und die Erbschaft demjenigen anfällt, der berufen sein würde, wenn der Weggefallene beim Erbfall nicht gelebt hätte. Also ist ein sukzessiver Erbschaftsanfall möglich. Es bleibt zu bestimmen, an wen. Sind noch in derselben Ordnung Personen vorhanden, die nur der Weggefallene ausschloß, dann werden nunmehr diese Erben. Successio graduum. (So O. I. Fig. 1 S. 7: B. schlägt aus, dann N. — Fig. 2: A. schlägt aus, dann N.)

Sind solche nicht vorhanden, dann steigern sich die Anteile der Mitberufenen, die durch den Weggefallenen beschränkt waren. Im römischen Rechte war dies nicht eine sukzessive Delation, sondern Anwachsung. Das B.G.B. braucht diesen Ausdruck bei gesetzlicher Erbfolge nicht; nur bei testamentarischer; vielmehr spricht es von Erhöhung des Erbteils (§ 1935), weil hier nichts anderes vorliegt, als sukzessiver Anfall des Erbteils. Die Römer sprachen hier von Akkreszenz, weil der Erwerb hier anders als bei sukzessiver Delation ipso iure stattfand; aber im B.G.B. geschieht er stets ipso iure, daher lag kein Grund vor, hier andere Begriffe anzuwenden.

---

[1]) Dieser Punkt ist keineswegs zweifellos. Ecks Ansicht entspricht wohl im Zweifel dem Ausschließungszwecke, vgl. aber auch die von Heymann a. a. O. berücksichtigte Vorgeschichte des Gesetzbuchinhalts.

Auch hier gilt nach § 1935 jeder der beiden vereinigten Erbteile als besonderer, doch nur in Ansehung der Vermächtnisse, der Auflagen und der Kollationspflicht, also kann nicht der eine ausgeschlagen, der andere angenommen werden.

Wenn endlich in derselben Ordnung weder ein Hintermann des Weggefallenen, noch ein neben diesem Mitberufener vorhanden ist, dann wird die folgende Ordnung gerufen (successio ordinum). O. II. Fig. 6 S. 8. A. und E. schlagen aus, dann erben C. und D. je $^1/_2$.[1])

4. Die Kritik im allgemeinen kann nur anerkennend sein. Ein klares, folgerichtig durchgeführtes und praktisch gerechtes Prinzip liegt vor. Es löst die Aufgabe, den ersteren möglichst in der natürlichen Richtung von oben nach unten abwärtsfließen zu lassen; von den Eltern auf die Kinder oder Enkel; wenn Kinder nicht da sind, muß der Erbstrom freilich aufwärts gestaut werden, aber doch nur um eine Stufe, bis zu den Eltern des Erblassers, von diesen wieder abwärts, event. wird er gestaut bis zu den Großeltern, aber immer hält er sich innerhalb derer, die mit dem Erblasser den nächsten gemeinsamen Stammvater haben.

Ganz ohne Mängel ist diese Ordnung auch nicht.

a) Die Abschwächung des Prinzips von der vierten Ordnung an geht sehr weit. Auch

b) die Zurückdrängung der Aszendenten kann bedenklich werden. Wenn jemand einen bedürftigen väterlichen Großvater hat, den er ernährt, stirbt und halbbürtige Schwestern von Mutterseite hinterläßt, so erben diese allein, ohne daß sie die Alimentationspflicht trifft. Doch liegt die Ursache dieser Härte gegen alimentationspflichtige Verwandte mehr darin, daß die Alimentationspflicht unvererblich ist.[2]) Auch kann

c) die Rückziehung bei der Feststellung der gesetzlichen Erben kann, wenn der Berufungsfall erst nach dem Tode eintritt, dahin führen, daß die Erbschaft aus dem Verwandtenkreise herauskommt.

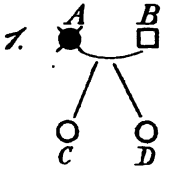
---

[1]) Eck setzt hier wohl voraus, daß die in der Figur nicht dargestellte Gattin des C bereits verstorben ist.

[2]) Vgl. oben Bd. II S. 480.

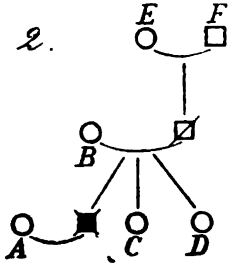
Erbrecht des Ehegatten nach B.G.B.

1.



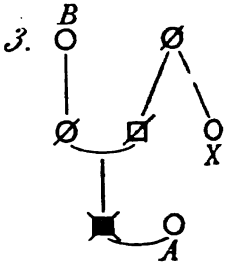
§ 1931 Abs. 1 S. 1.
B 1/4, CD je 3/8.

2.



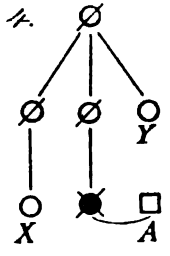
§ 1931 Abs. 1 S. 1. A 1/2, B 1/4, CD je 1/8; wenn BCD vorverstorben sind: A 1/2 EF je 1/4.

3.



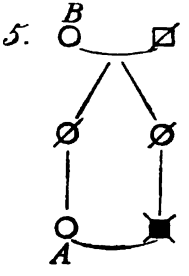
§ 1931 Abs. 1 S. 2.
A 1/2 + 1/4. B 1/4.

4.



§ 1931 Abs. 2. A 1/1.

5.



§ 1934. A 1/2 + 1/4, B 1/4.

Neben den erbberechtigten Verwandten hat der überlebende Ehegatte ein wahres Erbrecht, nicht bloß einen Nießbrauch, was den meisten Testamenten entsprechen würde, nämlich (§ 1931):

a) neben Verwandten der ersten Ordnung erhält er 1/4, d. i. sein Erbteil ist im Verhältnis zu den Kindesteilen um so stärker, je mehr Kinder da sind;

b) neben Verwandten der zweiten Ordnung erhält er $^1/_2$, ebenso auch neben Großeltern nur $^1/_2$. Wenn jedoch neben den Großeltern noch Abkömmlinge anderer Großeltern stehen, erhält der Gatte außer der Hälfte auch noch den Anteil dieser Abkömmlinge. Z. B. ich hinterlasse 1. einen Großvater, 2. einen Onkel, 3. eine Ehefrau, dann erhält diese $^1/_2 + {}^1/_4 = {}^3/_4$, und der Großvater $^1/_4$; vgl. Beispiel 3 S. 14;

c) wenn nur andere Verwandte (z. B. Vetter, Onkel) da sind, erhält der Ehegatte die ganze Erbschaft (§ 1934), vgl. Beispiel 4 und eine doppelte Portion in Beispiel 5. Möglich ist nämlich die Komplikation, daß der Ehegatte zugleich Verwandter des Erblassers ist, dann erhält er neben dem Gattenerbteil auch den Verwandtenerbteil (§ 1934).[1])

Außerdem erhält nach § 1932 in Anknüpfung an ältere Landesrechte der Ehegatte auch noch die Haushaltungsgegenstände und die Hochzeitsgeschenke als Voraus, was bei einer luxuriösen Einrichtung besonders wichtig ist (= Pr. A.L. §§ 628—630 II. 1), jedoch nur gegenüber Verwandten der zweiten Ordnung und Großeltern (ferneren Verwandten gegenüber erhält er ja das Ganze), nicht gegenüber Kindern.

Das Gattenerbrecht, sowie das Recht auf den Voraus fällt nach § 1933 bei begründeter Scheidungsklage des Erblassers weg.

3. Fiskus.

§ 3.

Hinter allen Verwandten und dem Ehegatten ist im § 1936 als Erbe der Landesfiskus berufen und zwar nach Maßgabe der Staatsangehörigkeit des Erblassers. Bei mehrfacher Staatsangehörigkeit teilen sich die Landesfisci, also „nach Köpfen", sofern man beim Fiskus von einem „Kopf" reden will.

Bei Deutschen, die keinem Bundesstaat angehören, erbt der Reichsfiskus.[2])

---

[1]) Daß die Gewährung des Erbrechts des Gatten über den Pflichtteil hinaus kein zwingendes Recht enthält, ist selbstverständlich und vom Reichsgericht (Entsch. Bd. 49 Nr. 12 S. 49) noch besonders anerkannt.

[2]) Diese Vorschrift enthält zugleich die Anerkennung des Reichsfiskus als eines besonderen rechtsfähigen Wesens. Entsch. R.G. Bd. 54 Nr. 56 S. 201.

Die Wirkung ist, daß der Fiskus wahrer gesetzlicher Erbe wird, mit gewissen Besonderheiten: Er kann nicht ausschlagen, § 1942 Abs. 2. Wilke sagt, er könne sich damit nicht befreunden, ähnlich Strohal, doch ohne Grund. Der Fiskus entsagt nach den preußischen Erfahrungen nie, es ist auch im Interesse der Gläubiger nicht wünschenswert, sonst müßte ein Zugriff aller eintreten.[1]) Nur in einem Sinn gehört Fiskus nicht zu den gesetzlichen Erben (§ 2104). Es wird ein Testator, der die gesetzlichen Erben als Nacherben beruft, garnicht wollen, daß der Fiskus sein Erbe werde, sonst hätte er es gesagt![2])

Aber das Erbrecht des Fiskus ist dadurch beschränkt, daß nach E.G. Art. 138, 139 die Landesgesetze unberührt bleiben, die an Stelle des Fiskus eine Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts zu Erben machen oder auf den Nachlaß einer verpflegten oder unterstützten Person einem andern als dem Fiskus, z. B. dem Pfleger ein Erbrecht gewähren.[3])

---

[1]) Das fiskalische Erbrecht ist also unter Umständen mehr für die Erbschaftsinteressenten eine Wohltat, als für die Staatskasse. Es zeigt sich darin eine antifiskalische Wohlfahrtspolitik.

[2]) Vgl. Strohal 3. Aufl. § 11 III S. 57. Eck meint wohl, daß im Zweifel der Erblasser eine Zuwendung lieber dem Vorerben beläßt, als der Staatskasse, weil jeder Mensch, den er bedacht hat, seinem Herzen im Zweifel näher steht als diese.

[3]) Eine Beschränkung der entfernteren Verwandten zu Gunsten des Fiskus wurde bei der Herstellung des B.G.B. angeregt, aber schließlich nicht angenommen. Anders jetzt der Schweizer Civilgesetzentwurf. Vgl. H. F. Hitzig, Die Grenzen des Erbrechts (Vortrag, Sonderabdruck der Züricher Zeitung 1904).

Kapitel II. Die Rechtsstellung des Erben.[1])

1. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft. (§§ 1942—1966.)

§ 5.

„Das B.G.B. hat diese Lehre ganz anders gestaltet, als das röm. Recht. Denn nach letzterem kommt nach der Delation alles auf die Entscheidung des Delaten an, ob er die Erbschaft annimmt oder ausschlägt [§ 7 Inst. de her. qual. 2, 19].

Eine gesetzliche Frist für die Annahme der Erbschaft besteht nicht. Nur der Nachlaßgläubiger kann den Delaten in iure interrogare, an heres sit (l. 2 D. d. interr. 11, 1). Aber auch dann kann er sein spatium deliberandi erhalten (l. 1 § 1 D. de iure del. 28,8) seit Justinian bis zu 9 Monaten.

Schweigt er auf dieses noch, so galt es im klassischen Recht als ausschlagend, bei Justinian als antretend. — Diese Regelung ist besonders unbefriedigend für Substituten und nachfolgende Intestaterben."[2])

Demgegenüber behandelt das B.G.B. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft im engsten Anschluß an das preußische Recht.[3])

Nach Eintritt des Erbfalls hat der Erbe nach § 1942 die Wahl zwischen der Annahme — richtiger würde man sagen: dem Behalten — der Erbschaft, dem Erbebleiben und der Ausschlagung oder genauer Wiederausschlagung.

---

[1]) Literatur vgl. bei Lehmann (Enneccerus-Lehmann) II § 278, Cosack Lehrbuch II § 380 Abs. 1 4. Aufl. S. 718 und bei Landsberg, das R. des bürg. Gesetzb., 1904, II. S. 1137 Anm. 2.

[2]) Vorbereitungsheft.

[3]) Diese unbedingte Anlehnung des B.G.B. an den germanistischen Grundsatz des preußischen und französischen Rechts wird neuerdings vom Reichsgericht in auffälliger Weise bestritten. Entsch. Bd. 54 Nr. 77 S. 292 ff., vgl. auch oben Bd. II S. 426 Anm. 2. Das neue Reichsrecht wird daselbst in einem mehr romanistischen Sinne gedeutet, der Erwerb vor der wirklichen „oder fingierten" Annahme für einen vorläufigen formellen Erfolg erklärt. Es geschieht das, um die Ausschlagung der Anfechtung der Gläubiger zu entziehen. M. E. könnte man aber zu dem letzteren Ergebnisse durch einschränkende Auslegung aus dem Ausschlagungszwecke gelangen, ohne dem Grundsatze: „der Tote erbt den Lebendigen", so, wie a. a. O. geschehen, zu nahe zu treten.

Die Frist für die Entscheidung beträgt nach § 1944 sechs Wochen, a die scientiae: ausnahmsweise sechs Monate. Diese Frist, welche der preußisch-rechtlichen Überlegungsfrist entspricht, hat im B.G.B. keinen besonderen Namen, wird aber passend Ausschlagungsfrist genannt, weil nur binnen dieser Zeit die Ausschlagung erfolgen kann.

Für die Annahme der Erbschaft ist keine Form vorgeschrieben. Also kann die Annahme auch durch konkludente Handlungen (pro herede gestio) erfolgen. „Doch hat der Erbe ein Interesse, nicht ohne Not vor Ablauf der Frist anzunehmen, weil mit der Annahme nach § 1958 sofort die dreimonatliche Frist zu laufen beginnt, während dem die Gläubiger ihm Ruhe lassen müssen.[1])" Nach § 1943 gilt die Annahme sogar auch bei Nichterklärung innerhalb der Ausschlagungsfrist als geschehen.[2]) Also kann der Erbe, der die Erbschaft behalten will, einfach schweigen. Die Wirkung der Annahme ist stets Endgültigkeit seiner Erbenqualität.

Dagegen bedarf die Ausschlagung nach § 1945 einer Form: sie muß gegenüber dem Nachlaßgerichte in öffentlich beglaubigter Form erklärt werden (Näheres § 129 B.G.B., § 167 Abs. 2 F.G.G.). Der Grund für diese auch im preußischen Recht vorgeschriebene Form ist, daß nach § 1953 die Wirkung der Ausschlagung in einem neuen oder sukzessiven Erbschaftsanfall besteht. Darum soll auch das Nachlaßgericht dem nunmehr Berufenen die Ausschlagung mitteilen. „Das Schweigen hat daher nach B.G.B. eine andere Folge als nach römischem Rechte."[3])

§ 1947 bestimmt, daß die Hinzufügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung die Annahme wie die Ausschlagung nichtig macht. Ferner schreibt § 1948 Abs. 1 vor, daß der Erbe als eingesetzter, sei es Testaments-, sei es Vertragserbe, ausschlagen und doch als gesetzlicher Erbe bei sofortigem oder späterem Anfall annehmen kann, abweichend vom Pr. L.R. I, 9 § 401, wonach die Ausschlagungserklärung, die aus einem Grunde abgegeben wird, auch für den anderen wirkt. „Ebenso kann der Erbe, wenn er sowohl durch Testament, wie durch Vertrag berufen ist, aus dem einen Grunde ausschlagen und aus dem

[1]) Vorbereitungsheft.

[2]) Für den Lauf der Ausschlagungsfrist ist insbesondere dadurch ein fester Ausgangspunkt gewonnen, daß für letztwillige Verfügungen eine Verkündung vorgeschrieben ist, vgl. Entsch. des RG. Bd. 48 Nr. 25 S. 100.

[3]) Vorbereitungsheft.

anderen annehmen." [1]) Er verliert also durch die Ausschlagung aus dem einen Berufungsgrunde noch nicht die Rechte aus einem andern. Dies würde zur Folge haben, daß der Erbe, der eine überschuldete Erbschaft nicht haben will, die Ausschlagungserklärung mehrere Male abgeben muß. Dem beugt aber § 1949 Abs. 2 vor, wonach sich die Wirkung der Ausschlagung im Zweifel auf alle Berufungsgründe erstreckt, die dem Erben zur Zeit der Erklärung bekannt sind,[2]) „und zwar auch dann, wenn für einen derselben die Ausschlagungsfrist noch nicht läuft".[3]) Dagegen kann der Erbe (entsprechend dem röm. Recht) nicht die ihm angefallene Erbschaft zum Teil annehmen und zum Teil ausschlagen bei Vermeidung der Nichtigkeit (§ 1950). Wenn er aus *ein und demselben* Grunde auf mehrere Erbteile berufen ist, so gilt die Annahme oder Ausschlagung des einen Teils auch für die andern Erbteile (§ 1951 Abs. 2). Wenn er aber aus *verschiedenen* Gründen (z. B. aus Testament und Gesetz) auf mehrere Erbteile berufen ist, dann kann er nach § 1951 Abs. 1 sich über den einen Erbteil anders erklären, als über den zweiten. Ratio legis ist, daß bei solchen Erbteilen auch eine verschiedene Belastung des einen und andern Erbteils möglich ist „und also z. B. der Erbe in der Lage sein soll, den einen überschwerten Erbteil allein auszuschlagen".[4])

Das Recht zur Ausschlagung ist nach § 1952 auch *vererblich*, und von mehreren Erbeserben kann jeder pro sua parte ausschlagen. Die Ausschlagung muß wiederum binnen der Frist von 6 Wochen und in öffentlich beglaubigter Form erklärt werden.

Besonders geregelt ist die Anfechtung von Annahme und Ausschlagung (§§ 1954 ff.). Sie ist zulässig aus den allgemeinen Anfechtungsgründen: Irrtum, Drohung, Betrug (§§ 119, 120, 123). Die Frist dafür beträgt 6 Wochen; näheres über Beginn und Lauf der Frist enthält § 1954 Abs. 2, 3. Das Mittel der Anfechtung ist wieder eine beglaubigte Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht (§ 1955).

---

[1]) Vorbereitungsheft.

[2]) Es läuft dies auf eine Willensauslegung hinaus, die in der Regel zutreffen wird.

[3]) Vorbereitungsheft.

[4]) So das Vorbereitungsheft. Es kommt m. E. wohl weniger darauf an, ob verschiedene Belastungen der Erbteile vorliegen, als darauf, ob der Erbe bei seiner Erklärung in der Lage war, diese Verschiedenheit zu kennen.

Nach § 1957 gilt Anfechtung der Annahme gleich Ausschlagung; also ist sie dem Hintermann des Anfechtenden mitzuteilen (§ 1953 Abs. 3). Aber auch umgekehrt gilt die Anfechtung der Ausschlagung als Annahme; diese ist ebenfalls mitzuteilen und zwar dem infolge der Ausschlagung Berufenen (§ 1957 Abs. 2).

In einem Fall des Irrtums gilt die Annahme als garnicht erfolgt, nämlich beim Irrtum des Erben über den Berufungsgrund (§ 1949 Abs. 1). So bestimmt, weil man zweifeln könnte, ob überhaupt Irrtum über den Inhalt der Erklärung „in diesem Falle anzunehmen ist".[1])

Wenn die Annahme oder Ausschlagung sich auf einen bestimmten Berufungsgrund bezog und dieser Grund rechtlich nicht besteht, so ist die Erklärung schon nach allgemeinen Grundsätzen nichtig wegen ihrer inhaltlichen Beschränktheit auf einen nicht gegebenen Fall; z. B. der Bruder des Erblassers erklärt: „Ich nehme die Erbschaft kraft meiner Berufung als gesetzlicher Erbe an"; es liegt aber Testament vor, dann kann er noch die testamentarische Erbschaft annehmen oder ausschlagen.[2])

Aber § 1949 geht weiter: Wenn der Erbe über den Berufungsgrund im Irrtum war, gilt die Annahme **allemal** als nicht erfolgt, also auch dann, wenn sie allgemein und ohne Beschränkung auf einen bestimmten Grund erklärt war (z. B. wenn der Bruder, der irrig kraft Gesetzes berufen zu sein glaubte, schlechthin erklärt hat: ich nehme die Erbschaft an). Die — gerechtfertigte — ratio legis ist, daß der andere Berufungsgrund andere Lasten mit sich bringen kann und deshalb Freiheit der Entschließung gewahrt bleiben muß.[3])

Nicht das gleiche bestimmt § 1949 für die Ausschlagung. Ist diese also allgemein erklärt, so ist sie nicht schon darum nichtig, weil der Erbe über den Berufungsgrund im Irrtum war, sondern der gewollte negative Effekt tritt ein (z. B. der Bruder, der allgemein sagt: „ich will die Erbschaft des Verstorbenen nicht", wollte sie los sein; dieser Effekt ist stets derselbe und darum tritt er trotz Irrtums ein).

---

[1]) Ergänzung einer Lücke des Textes.

[2]) Eck vertritt mit Recht die Ansicht, daß der Irrtum, der die Entstehung des Erklärungsaktes oder Erklärungsinhalts verhindert, den Tatbestand des Geschäftes ausschließt und nicht bloß einen Anfechtungsgrund bildet, vgl. des Herausgebers allgemeinen Teil S. 475 ff.

[3]) M. E. fällt dieser Fall unter den Gesichtspunkt der mehrdeutigen Erklärungen.

Aber auch hier bleibt es doch möglich, daß er seine Ausschlagung nach allgemeinen Regeln über Irrtum (§ 119) anfechten kann. Denn hier liegt doch vor oder kann wenigstens vorliegen ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung — z. B. der Bruder schlägt, wie er meint, die gesetzliche Erbschaft zu $^1/_4$ aus, in Wahrheit die testamentarische auf $^1/_1$ — dann ist Anfechtung zulässig.

Bis zur Entscheidung des Erben über Annahme oder Ausschlagung besteht ein Provisorium: eine resolutiv bedingte Erbenqualität. Daher wird der Erbe wegen der Möglichkeit ihrer Wiederaufhebung in manchen Beziehungen wie ein Verwalter fremden Vermögens behandelt. Es besteht eine Trennung der beiden Vermögensmassen.

I. § 1958 bestimmt, daß Ansprüche, die sich gegen den Nachlaß richten, während der Ausschlagungsfrist nicht gegen den Erben gerichtlich geltend gemacht werden können. Dieser Satz soll offenbar ausdrücken, daß der Erbe während dieser Frist eine aufschiebende Einrede hat, so daß der Kläger nicht ex officio, sondern nur dann abgewiesen werden soll, wenn der Erbe die Erfüllung des Anspruches mit Berufung auf die noch laufende Ausschlagungsfrist ablehnt. Allerdings fällt das B.G.B. bei dieser Auffassung aus seinem Sprachgebrauch heraus. Denn regelmäßig sagt es bei Gewährung von Einreden: „der Schuldner kann verweigern", hier dagegen heißt es: „Der Gläubiger kann einen Nachlaßanspruch gegen den Erben nicht gerichtlich geltend machen". Indessen entscheidet der für die Annahme einer Einrede parallel laufende § 239 Abs. 5 C.P.O.: Danach ist der Erbe vor Annahme der Erbschaft zur Fortsetzung des durch den Tod des Erblassers unterbrochenen Rechtsstreits „nicht verpflichtet". Ähnlich erklärt auch § 778 C.P.O. die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß wegen eines Anspruches gegen den Erben vor Annahme der Erbschaft für „nicht zulässig".

In beiden Fällen handelt es sich unzweifelhaft um eine aufschiebende Einrede, obschon der regelmäßige Sprachgebrauch nicht gewahrt ist.

Übrigens kann der Gläubiger, der ungeduldig ist, sich ein Surrogat schaffen, indem er gemäß §§ 1960, 1961 einen Nachlaßpfleger vom Gerichte erwirkt und gegen diesen den Nachlaßanspruch verfolgt oder gegen den etwa bestellten Testamentsvollstrecker vorgeht (§ 2213 Abs. 2).

II. Sodann macht die Führung erbschaftlicher Geschäfte während des Provisoriums den Erben, der nachher ausschlägt, dem neuen Erben

gegenüber in gleicher Weise berechtigt und verpflichtet, wie einen Geschäftsführer ohne Auftrag (§ 1959 Abs. 1), jedoch mit zwei Einschränkungen. Auch nach der Ausschlagung bleiben wirksam:

a) eine Verfügung des einstweiligen Erben über einen Nachlaßgegenstand, die nicht ohne Nachteil für den Nachlaß aufzuschieben war;

b) ein Rechtsgeschäft, das ein Dritter dem Erben gegenüber vornehmen mußte und das er vor der Ausschlagung des einstweiligen Erben vorgenommen hat.

III. Nach § 1960 hat das Nachlaßgericht zur Sicherung des Nachlasses Maßregeln zu treffen, nötigenfalls einen Nachlaßpfleger zu bestellen für den, der künftig Erbe wird, jedoch nur, soweit ein Bedürfnis dazu besteht — eine Abweichung von der gerichtlichen Nachlaßverwaltung.

IV. § 1963 regelt den Fall, daß beim Tode des Erblassers die Geburt eines Erben, eines postumus, suus oder alienus zu erwarten ist. Dann kann die schwangere Witwe, wenn sie sich selbst nicht zu erhalten vermag, bis zur Entbindung standesgemäßen Unterhalt aus dem Nachlaß verlangen, nicht bloß aus den Einkünften, und zwar, wenn ihr Kind nur zu einem Bruchteil berufen ist, aus dem entsprechenden Erbteil. Dabei kann es, wie schon im römischen Recht, fraglich werden, welcher Bruchteil für das zu erwartende Kind als Erbteil anzunehmen ist. Das römische Recht und nach ihm das sächsische BG. rechnen eine Drillingsgeburt als möglich und bestimmen danach den Bruchteil. Dagegen schreibt das B.G.B. im § 1963 vor, bei der Bemessung des Erbteils sei anzunehmen, daß nur ein Kind geboren wird. Wird das Kind totgeboren, so liegt für einen Ersatzanspruch gegen die Mutter kein Grund vor. Anders natürlich bei betrüglicher Vorspiegelung der Schwangerschaft, oder wenn das Kind aus einer Zeugung herrührt, die ihm kein Erbrecht gibt.

V. Die §§ 1964—1966 enthalten noch Besonderheiten für den Fiskus.

Er wird nach § 1936 als Erbe aktiv und passiv erst dann behandelt, wenn das Nachlaßgericht festgestellt hat, daß ein anderer Erbe nicht vorhanden ist. Der Fiskus soll nicht mit Umgehung des Gerichtes zugreifen, aber auch nicht vorher belangt werden können. Zu dieser Feststellung ist eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Erb-

rechte zu erlassen (§ 1965). Die Art der Bekanntmachung und die Frist richtet sich nach den Regeln des Aufgebotsverfahrens (C.Pr.O. §§ 948—950). Ein Ausschlußurteil ergeht nicht; doch wird ein angemeldetes Erbrecht nicht berücksichtigt, wenn nicht binnen 3 Monaten dem Nachlaßgericht bewiesen wird, entweder, daß das Erbrecht besteht, oder daß es gegen den Fiskus eingeklagt ist. Die Wirkung der Feststellung ist nach § 1964 Abs. 2 nur die Vermutung, daß der Fiskus Erbe sei. Also bleibt dem wahren Erben sein Anspruch bis zum Ablauf der dreißigjährigen Verjährung; ein wenig zufriedenstellender Satz.

Der Fiskus ist als Erbe von der Inventarpflicht befreit, hat aber den Nachlaßgläubigern über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen (§ 2011).

2. Die Schuldenhaftung des Erben.

§ 6.

Literatur: 1. H. Clauſſen, Die Haftung des Erben, Erlanger Doktordiſſert. 1896.

2. Bingner, Sächſ. Archiv V S. 593 ff.

3. Richard Wilke, Die Haftung des Erben nach dem B.G. in den Veröffentlichungen des Berliner Anwaltvereins. Heft 9. Berlin 1898.

4. Wendt veröffentlicht im Archiv für civiliſtiſche Praxis Bd. 86 S. 353 ff. eine vortreffliche Abhandlung.[1])

Die Univerſalſukzeſſion des Erben bewirkt auch nach dem B.G.B. eine Verſchmelzung des Nachlasses mit dem eignen Vermögen des Erben, jene römiſche confusio bonorum. Dieſe Folge iſt zwar im B.G.B. nirgends direkt ausgeſprochen, aber indirekt anerkannt dadurch, daß Rechte und Verbindlichkeiten zwiſchen Erblaſſer und Erben durch die Erbfolge erlöſchen und nur ausnahmsweiſe Wiederaufhebung dieſes Erlöſchens eintritt (§§ 1976, 1991 Abſ. 2, 2143), insbeſondere im Falle der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurſes.

Darum kann auch der Erbe über die Nachlaßſtücke frei verfügen; denn ſie ſind ſein Vermögen, und es iſt weiter auch den eigenen Gläubigern des Erben der Zugriff auf den Nachlaß ebenſo geſtattet,

[1]) Weitere Literatur ſiehe Lehmann in Lehmann-Enneccerus, 2. Aufl. S. 682 § 278 Anm. 2; Strohal, 2. Aufl. S. 392 § 70 Anm., Landsberg, das R. des B.G.B. II. S. 1150 Anm. 2.

wie auf sein eigenes Vermögen. Daraus folgt weiter, daß der Erbe auch für die Nachlaßschulden haftet. So auch § 1967: „für alle Nachlaßverbindlichkeiten". Und zwar rechnet das B.G.B. dazu außer den Schulden des Erblassers auch die sonstigen Verpflichtungen, die den Erben als solchen treffen und die in §§ 1967—1969 aufgezählt sind. (Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen, für die Kosten der Beerdigung, der Inventarerrichtung u. dgl.) Dementsprechend hat denn auch der Ausdruck „Nachlaßgläubiger" eine weitere Bedeutung, als wir sie ihm bisher beizulegen gewohnt waren. Er umfaßt auch die Inhaber der Forderungen, die erst *infolge* des Erbfalls entstanden sind (z. B. § 2009). Nur bestehen für diese mancherlei Besonderheiten.

Aber es fragt sich nun: In welchem Maße haftet der Erbe grundsätzlich? unbeschränkt oder nur mit einer oder der anderen Beschränkung, sei dies eine quantitative, wie sie Justinian an das beneficium inventarii geknüpft hat, nur in der Höhe des Werts der Nachlaßaktiva (pro viribus hereditatis, sei es sogar eine gegenständliche, nur mit den Stücken des Nachlasses (cum viribus hereditatis)? Das B.G.B. antwortet darauf nicht direkt, und als Gierke dies am Entwurf II rügte, erwiderte Küntzel (Gruchot 40 S. 671), eine Antwort auf diese Frage würde doktrinär gewesen sein. Demnach soll dieselbe von der Wissenschaft entschieden werden; in dieser besteht aber schon jetzt Streit.[1])

Die Denkschrift behauptete, der Entwurf habe zunächst *nur* eine Haftung *mit dem Nachlaß* im Auge;[2]) ebenso lehrte Gareis, der Nachlaß sei ein vom Vermögen des Erben getrenntes Vermögen wie

---

[1]) M. E. hat der Gesetzgeber sich diese Frage nicht aufgeworfen, also sie nicht beantworten wollen. Daraus könnte man die Folge ziehen, daß die althergebrachte Haftung für Nachlaßschulden nicht in höherem Maße beschränkt worden ist, als ganz klar feststeht. Dies spricht für Ecks Ansicht. Dagegen spricht aber der Umstand, daß nach B.G.B. die Haftungsschranke in mehreren Formen eintritt, bei denen die Erbmasse aus dem Vermögen des Erben als Haftungsgegenstand ausgeschieden wird. Bei diesen Formen tritt eine Haftung cum viribus heriditatis ein, in den übrigen Fällen eine Haftung pro viribus hereditatis. Ein solcher Dualismus findet sich schon im code civil Art. 802.

[2]) S. 384. Ganz unzweideutig ist die Ausdrucksweise der Denkschrift nicht und darum nicht zwingend. Wer seine Haftung ohne Weiteres beschränken kann, haftet freilich in Wahrheit nicht unbeschränkt. Die Bedingung si voluero ist bei Rechtsvorteilen selbstverständlich und darum keine wahre Bedingung. Dagegen verlangt das Gesetz zur Beschränkung der Haftbarkeit mehr als eine bloße Willenserklärung

im altdeutschen Recht und im sächsischen B.G.B.[1]) Das letzte ist keinesfalls richtig. Dem widerspricht jene Verschmelzung des Nachlasses mit dem eigenen Vermögen (die confucio bonorum) und das Exekutionsrecht des Gläubigers des Erben auch den Nachlaßstücken gegenüber.

Man muß aber weitergehen und sagen: der Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten ist überhaupt keine Beschränkung immanent. (Die Denkschrift sagt mit der Behauptung des Gegenteils etwas unhaltbares.) Vielmehr hat jede Beschränkung der Haftung, die nach dem B.G.B. gilt, noch weitere Voraussetzungen als die bloße Erbenqualität. Darum sagt z. B. § 1975: „Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten beschränkt sich auf den Nachlaß, wenn eine Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet ist" und ebenso fügt jede andere Bestimmung, die eine Beschränkung der Erbenhaftung aufstellt, auch eine Bedingung bei (§ 2014). Damit stimmt auch überein, daß nach der Civilprozeßordnung Nachlaßschulden gegen den Erben ohne Beschränkung auf den Nachlaß eingeklagt werden können und der beklagte Erbe nur, wenn er einen Vorbehalt in das Urteil hat aufnehmen lassen (§§ 780, 781), eine Beschränkung seiner Haftung in der Zwangsvollstreckung durch Einwendungen geltend machen kann.[2])

Also ist die Haftung des Erben allgemein und von Rechts wegen nicht beschränkt, sondern der Erbe haftet persönlich und mit dem gesamten Vermögen, das aus seinem eigenen und dem Nachlaß besteht. So auch Bingner, Wendt, während Strohal[3]) eine einfache Formulierung für unmöglich hält.[4])

---

[1]) Ein Rückgriff auf die alten Zeiten, in denen Verkehr und Kredit wenig entwickelt waren, würde dann anzunehmen sein, wenn er ganz ausdrücklich angeordnet worden wäre. Allerdings kommt das B.G.B. aus völlig eigenartigen Gründen zu einer Annäherung an jene Urzustände, aber nur in den Fällen der Preisgabe der Erbschaftsmasse.

[2]) Über den auf eine Willenserklärung gerichteten Urteilsspruch bei beschränkter Erbenhaftung vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 49 Nr. 107 S. 418.

[3]) Strohals bekannte Formulierung (2. A. S. 412) nennt die Haftung „auf den Nachlaß beschränkbar". Allein jedes Beschränkbare ist vor der Beschränkung unbeschränkt und nachher beschränkt.

[4]) Eine Übersicht über die Vertreter der verschiedenen Ansicht gibt Lehmann (Enneccerus-Lehmann) II. S. 682. Nimmt man an, daß die Verf. des B.G.B. von den Anschauungen des bisher geltenden Rechts ausgegangen sind, so kann die Entscheidung der Frage nicht zweifelhaft sein.

Aber freilich gewährt das B.G.B. daneben eine Mehrzahl von Mitteln und Wegen, durch die eine Beschränkung der Erbenhaftung herbeigeführt werden kann. Während das gemeine Recht nur zwei Mittel: Errichtung des Inventars und Erwirkung des Nachlaßkonkurses kennt, und das preußische Recht noch als drittes das Aufgebot der Nachlaßgläubiger nach dem Gesetz vom 28. März 1879 hinzugefügt hat, führt das B.G.B. neben diesen[1]) drei Mitteln weiter ein:

4. eine gerichtliche Nachlaßverwaltung,

5. für den Fall, daß eine solche oder ein Konkurs wegen Mangels an Masse untunlich ist, die Einrede der beschränkten Haftung (§§ 1990 ff.) mit Herausgabe des Nachlasses[2]) und endlich

6. provisorisch für die ersten drei Monate nach der Erbschaftsannahme und die Dauer des Aufgebotsverfahrens eine aufschiebende Einrede, eine Wartefrist für die Gläubiger, eine Schonzeit für den Erben.[3])

Von diesen sechs Rechtsbehelfen dienen aber drei nicht bloß dem Schutze des Erben, sondern auch den Interessen der Gläubiger, nämlich das Inventar, die gerichtliche Nachlaßverwaltung und der Nachlaßkonkurs; darum können diese nicht bloß vom Erben, sondern auch von den Gläubigern betrieben werden.[4]) Gerade hierin war das bisherige Recht zurückgeblieben; denn der Nachlaßkonkurs ist auf den Fall einer Überschuldung des Nachlasses beschränkt und das bloße Privatinventar bietet den Gläubigern keine Garantie für seine Vollständigkeit. Darum ist die gerichtliche Nachlaßverwaltung eine wichtige Fortbildung des bisherigen Rechts. Aber freilich führt andererseits diese Fülle von Rechts-

[1]) Eck behauptet damit nicht etwa, daß die Inventarrichtung noch ein solches Mittel ist. Dagegen das unten Ausgeführte. (S. 29 oben.)

[2]) Die drei Fälle, in denen der Erbe sein eigenes Vermögen von Haftung dadurch befreit, daß er die ererbte Masse ausscheidet (Nachlaßverwaltung, Nachlaßkonkurs, Herausgabe der zum Konkurse unzulänglichen Masse) sind offenbar Nachbildungen des abandon, den der code civil 802 dem Benefizialerben wahlweise neben einer beschränkten Haftung pro viribus hereditatis gewährt. Anders der Fall des Aufgebots s. unten.

[3]) Hier wird die Haftung nicht beschränkt, sondern nur verzögert.

[4]) Das Recht der Gläubiger auf Nachlaßverwaltung bietet ihnen einen Ersatz dafür, daß der Erbe nicht ohne Weiteres einem gesetzlichen Antriebe zur Inventarisation unterliegt. Freilich setzt auch dieses Recht voraus, daß sie sich regen (vigilantibus scriptum est). Unachtsamen Gläubigern wird weniger geholfen als bisher. Das entspricht ganz einer Zeit, in der die Schuldhaft aufgehoben worden ist.

behelfen, deren jeder seine eigne Voraussetzungen und Wirkungen hat, zu einer Verwicklung der theoretischen Darstellung und der praktischen Handhabung. Diese Verwicklung wird noch dadurch gesteigert, daß durch Pflichtverletzung (Versäumnis) des Erben gegenüber einem Rechtsbehelf (z. B. durch Versäumnis der Inventarfrist), die Wirkung des anderen Rechtsbehelfs, nämlich der Möglichkeit, seine Haftung zu beschränken wieder gekreuzt und aufgehoben wird und also z. B. trotz der Nachlaßverwaltung wieder unbeschränkte Haftung eintreten kann.[1]) So ist also jeder einzelne Rechtsbehelf eigentlich in seiner Bedeutung nur dann recht zu verstehen, wenn man auch die andern kennt.

3. Inventarerrichtung. (§§ 1993—2013.)

§ 7.

Der Erbe hat zunächst aus § 1993 das Recht, ein Verzeichnis des Nachlasses beim Nachlaßgericht einzureichen.[2]) Eine Pflicht dazu besteht für ihn nicht mehr, wie im bisherigen Recht von Gesetzeswegen,[3]) sondern entsteht nur dadurch, daß ein Nachlaßgläubiger ihm vom Nachlaßgericht eine Frist dazu stecken läßt. Dabei braucht der Antragsteller nach § 1994 Abs. 2 seine Forderung nur glaubhaft zu machen; und wenn sich später herausstellt, daß seine Forderung in Wahrheit nicht bestand, so bleibt die Fristbestimmung dennoch wirksam.

Das ist sehr wichtig, weil die übrigen Gläubiger verlangen können, daß die von dem einen erwirkte Frist bereits ihre Folgen äußert, selbst wenn der eine sich als Nicht-Gläubiger herausstellt.

Die richterliche Frist soll nach § 1995 1—3 Monate betragen; kann aber verlängert werden. Sie läuft (anders als in Preußen) auch gegen Geschäftsunfähige, wenn sie einen gesetzlichen Vertreter haben,[4]) wird aber stets unwirksam nach § 2000 durch Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs, weil natürlich hierbei dem Erben die Erb-

---

[1]) Es setzt hier wohl voraus, daß die Nachlaßverwaltung aufgehoben und hierauf eine Inventarfrist gestellt und versäumt worden ist.

[2]) Dadurch stellt er die Tatsache fest, daß er sogleich den Nachlaß-Bestand geprüft hat. Sonstige Vorteile werden weiter unten im Texte Erwähnung finden.

[3]) Vgl. oben S. 26 Anm. 4.

[4]) Dafür ist den in elterlicher Gewalt Befindlichen und den Bevormundeten ein neues Vorzugsrecht in § 1999 eingeräumt. Das Nachlaßgericht soll dem Vormundschaftsgerichte von der Bestimmung der Inventarfrist Mitteilung machen. Entsch. d. R.G. Bd. 54 Nr. 44 S. 156.

schaft aus der Hand genommen wird. Auch kann sie nicht einem Nachlaßpfleger oder Nachlaßverwalter bestimmt werden (§ 2012).

Die Aufnahme des Inventars darf nicht mehr privatim erfolgen, sondern nach § 2002 muß der Erbe eine zuständige Behörde oder einen zuständigen Beamten oder Notar hinzuziehen, natürlich im Interesse der Gläubiger. Statt das Verzeichnis selbst aufzunehmen, darf er die Aufnahme nach § 2003 durch das Nachlaßgericht bewirken lassen, das die Aufnahme wieder übertragen kann. So kann er sich dieser Lasten für seine Person entschlagen.

Ist schon ein Inventar eingereicht (z. B. von einem Miterben oder von dem Testamentsvollstrecker), so kann der Erbe nach § 2004 erklären, daß es als von ihm eingereicht gelten solle.

Enthalten soll nun das Inventar nach § 2001 die beim Eintritte des Erbfalls vorhandenen Nachlaßgegenstände und Nachlaßverbindlichkeiten, auch eine Beschreibung der Gegenstände und eine Angabe ihres Wertes (also eine Abschätzung). Strohal[1]) rügt, daß nicht auch die Veränderungen des Nachlaßbestandes seit dem Erbfall aufzuzeichnen seien.[2])

Diese Veränderungen werden für die Gläubiger doch nur wichtig in dem Falle, wo der Erbe nur beschränkt haftet, also bei Nachlaßverwaltung und -Konkurs; für diese Fälle aber ist dem Erben eine Pflicht zur Rechnungslegung schon anderweit auferlegt durch §§ 1978 bis 1991).

Zur Bestärkung des Inventars kann jeder Gläubiger vom Erben nach § 2006 den Offenbarungseid verlangen, nicht erst bei begründetem Verdacht (§§ 259, 260) und nicht erst kraft richterlicher Verurteilung, sondern ohne weiteres. Strohal[3]) moniert hier wieder, daß die Norm des Offenbarungseides sich nur auf die beim Eintritt des Erbfalls vorhandenen Nachlaßgegenstände beziehe. Allein, bei der Rechnungslegung über spätere Veränderungen kann vom Erbe ein neuer Eid nach § 260 B.G.B.[4]) verlangt werden.

Die Einsicht des Inventars ist nach § 2010 jedem Interessenten, also namentlich den Nachlaßgläubigern, zu gestatten. Die Wirkung des Inventars besteht jetzt nicht mehr darin, daß es die Schulden-

---

[1]) 3. Aufl. § 73 S. 414 ff., besonders 414 Anm. 1.

[2]) Motive V S. 618.

[3]) 2. Aufl. S. 430 Anm. 36.

[4]) Diese Vorschrift ist übrigens auch von Strohal a. a. O. berücksichtigt.

haftung der Erben auf den Nachlaßbestand beschränkt; solchen Satz sucht man im B.G.B. vergebens. Daher kann auch von einer „Rechtswohltat des Inventars" oder vom „Benefizialerbrecht" nicht mehr die Rede sein.

Vielmehr ist über die Wirkung des Inventars im § 2009 nur soviel gesagt, daß, wenn es rechtzeitig errichtet ist, im Verhältnis zwischen dem Erben und den Nachlaßgläubigern vermutet wird, es seien zur Zeit des Erbfalls weitere Gegenstände als die angeführten nicht vorhanden gewesen.[1]) Andererseits hat die Verletzung der Inventarpflicht mancherlei Folgen. So bewirkt nach § 1994 die Versäumnis der Inventarfrist eine unbeschränkte Haftung des Erben gegenüber allen Gläubigern.

Ferner kann der Erbe dann auch nicht mehr die Nachlaßverwaltung beantragen, um sich dadurch eine Beschränkung seiner Haftung zu verschaffen (§ 2013, einer der schwierigsten Paragraphen).

Ja, nach § 2005 hat auch schon eine absichtliche Unvollständigkeit des Inventars oder eine absichtliche Aufführung einer nicht bestehenden Nachlaßverbindlichkeit die Folge, daß der Erbe allen Gläubigern unbeschränkt haftet. Dagegen bewirkt die Verweigerung des Eides nach § 2006 Abs. 3 eine nur relative Unbeschränktheit der Erbenhaftung, d. h. nur gegenüber dem Gläubiger, der die Frist erwirkt hatte. Diese Verschiedenheit wird von Strohal mit Recht getadelt.[2]) Wilke gibt dafür die Erklärung, daß die Eidesleistung eine stärkere Zumutung als die Inventarerrichtung ist. Darum ist ein minder starkes Präjudiz an ihre Nichterfüllung geknüpft.

In diesen an die Verletzung der Inventarpflicht geknüpften Nachteilen tritt zu Tage, daß die Inventarerrichtung weniger im Interesse des Erben gestattet ist, um seine Haftung zu beschränken, als im Interesse der Gläubiger dem Erben auferlegt werden kann, damit diese übersehen können, was der Nachlaß enthält und welche Maßregeln sie gut tun zu ergreifen, insbesondere, ob sie Konkurs beantragen sollen oder nicht.

Wenn sie erwirken, daß die Errichtung des Inventars vor Ablauf von drei Monaten seit Annahme der Erbschaft geschieht, kommt ihnen

---

[1]) Das ist immerhin auch eine Wohltat für den Erben, wenn auch nur eine kleine.

[2]) Vgl. jetzt Strohal, 2. Aufl. S. 430 Nr. 5.

außerdem noch zugute, daß mit Einreichung des Inventars nach § 2014 die aufschiebende Einrede des Erben aus der dreimonatlichen Wartefrist soviel früher erlischt. Aber angesichts dieser Vorteile für die Gläubiger fragt man doch, ob denn für den Erben selber die Wirksamkeit des Inventars wirklich mit jener Beweisvermutung erschöpft, also für das materielle Recht ohne Bedeutung sei, und weiter, was denn auch nur diese Beweisvermutung ihm nütze. Freilich, in den Fällen, wo Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs eintritt, kommt der Erbe gar nicht in die Lage, den Gläubigern gegenüber beweisen zu müssen, wie viel oder wenig der Nachlaß enthielt, denn in diesen Fällen haben die Gläubiger gar nicht beim Erben persönlich, sondern von dem Nachlaßverwalter oder Konkursverwalter ihre Befriedigung zu suchen. Für diese Fälle also hat die auf das Inventar begründete Beweisvermutung für den Erben keinen Wert. Aber es gibt andere Fälle, wo das Inventar als Beweismittel für den Erben höchst wichtig wird, weil in denselben seine Haftung insoweit wegfällt, als der Nachlaß nicht zureicht, und zum Beweise dafür, daß er nicht zureicht, natürlich das Inventar das beste Mittel bildet. Dies sind folgende Fälle:

a) § 1990: Wenn Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich ist, kann der Erbe die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht. Er muß nur das Vorhandene herausgeben. Das ist eine Einrede der beschränkten Haftung.[1]) Aber zum Beweise dient das Inventar.

b) § 1973: Wenn im Aufgebotsverfahren ein Nachlaßgläubiger ausgeschlossen ist, kann der Erbe ihm die Befriedigung insoweit verweigern, als der Nachlaß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft ist. Er braucht nur den vorhandenen Überschuß herauszugeben. Auch dies ist eine Einrede der beschränkten Haftung.[2]) Auch hier wird der Beweis für das Erschöpftsein des Nachlasses durch das Nachlaßinventar erbracht.

Nach § 1974 steht auch ohne Aufgebot ein Gläubiger, der erst später als fünf Jahre nach dem Erbfall seine Forderung geltend macht,

---

[1]) Es läßt sich auch als ein beneficium dationis in solutum auffassen: Schuldtilgung durch Herausgabe der Masse an das Gericht.

[2]) Sog. „Erschöpfungseinrede". Landsberg, das R. des B.G.B. II. S. 1150 § 300.

einem ausgeschlossenen gleich (mit Ausnahmen). Also auch einem solchen gegenüber hat der Erbe die Einrede der beschränkten Haftung und als Beweismittel das Inventar.

Sodann kann auch außerhalb dieser zwei Fälle beschränkter Haftung das Inventar als Beweismittel dem Erben von Nutzen sein: so bei der Erbteilung, ferner im Verhältnis vom Vorerben und Nacherben, wenn dieser Auskunft verlangt (§ 2127) oder wenn der Erbschaftsbesitzer mit hereditatis petitio belangt wird und unterliegt (§ 2027).

Endlich aber gewährt das Inventar dem Erben nicht bloß Beweisvorteile, sondern auch materielle Rechtsfolgen, denn wenn ihm auch das Inventar an sich noch nicht eine Beschränkung seiner Haftung verschafft, so wahrt es ihm doch die Beschränkbarkeit derselben; er behält das Recht jederzeit die Nachlaßverwaltung zu beantragen (§ 2013) per argumentum a contrario. Wenn der Erbe unbeschränkt haftet, dann ist er nicht berechtigt, die Anordnung einer Nachlaßverwaltung zu beantragen. Also nur dann nicht, sonst kann er sie immer beantragen; und hat er ein Inventar errichtet, so bleibt ihm diese Möglichkeit dauernd.

Weiter aber schützt das Inventar den Erben gegen die Gefahr, daß ihm noch eine Inventarfrist gesteckt wird, die er versäumen könnte.[1])

Desgleichen schützt er den Erben gegen den Vorwurf der Fahrlässigkeit, die ihn nach § 1980 zum Schadensersatz an den Gläubiger verpflichtet (wenn er z. B. die Überschuldung des Nachlasses nicht erkannt und darum nicht Eröffnung des Konkurses beantragt hat).

Nach alledem sind die Wirkungen der Inventarerrichtung auch zu Gunsten des Erben immer noch sehr erhebliche, nur bestehen sie eben nicht so direkt, wie bisher, in einer Beschränkung der Haftung der Erben. Aber dafür ist auch die Verpflichtung des Erben zur Inventarisierung nicht mehr ohne weiteres durch das Gesetz begründet, sondern erst dann vorhanden, wenn der Richter ihn dazu aufgefordert hat. Dadurch werden Erscheinungen vermieden, wie sie noch im preußischen Privatrecht möglich waren. Nach diesem konnten die Gläubiger erst sechs Monate lang warten, und dann, weil die Inventarfrist ver-

[1]) Eck denkt hierbei an einen auch von Strohal betonten Vorteil der Inventareinreichung bei Gericht. (2. Aufl. S. 414.)

außerdem noch zugute, daß mit Einreichung des Inventars nach § 2014 die aufschiebende Einrede des Erben aus der dreimonatlichen Wartefrist soviel früher erlischt. Aber angesichts dieser Vorteile für die Gläubiger fragt man doch, ob denn für den Erben selber die Wirksamkeit des Inventars wirklich mit jener Beweisvermutung erschöpft, also für das materielle Recht ohne Bedeutung sei, und weiter, was denn auch nur diese Beweisvermutung ihm nütze. Freilich, in den Fällen, wo Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs eintritt, kommt der Erbe gar nicht in die Lage, den Gläubigern gegenüber beweisen zu müssen, wie viel oder wenig der Nachlaß enthielt, denn in diesen Fällen haben die Gläubiger gar nicht beim Erben persönlich, sondern von dem Nachlaßverwalter oder Konkursverwalter ihre Befriedigung zu suchen. Für diese Fälle also hat die auf das Inventar begründete Beweisvermutung für den Erben keinen Wert. Aber es gibt andere Fälle, wo das Inventar als Beweismittel für den Erben höchst wichtig wird, weil in denselben seine Haftung insoweit wegfällt, als der Nachlaß nicht zureicht, und zum Beweise dafür, daß er nicht zureicht, natürlich das Inventar das beste Mittel bildet. Dies sind folgende Fälle:

a) § 1990: Wenn Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich ist, kann der Erbe die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht. Er muß nur das Vorhandene herausgeben. Das ist eine Einrede der beschränkten Haftung.[1]) Aber zum Beweise dient das Inventar.

b) § 1973: Wenn im Aufgebotsverfahren ein Nachlaßgläubiger ausgeschlossen ist, kann der Erbe ihm die Befriedigung insoweit verweigern, als der Nachlaß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft ist. Er braucht nur den vorhandenen Überschuß herauszugeben. Auch dies ist eine Einrede der beschränkten Haftung.[2]) Auch hier wird der Beweis für das Erschöpftsein des Nachlasses durch das Nachlaßinventar erbracht.

Nach § 1974 steht auch ohne Aufgebot ein Gläubiger, der erst später als fünf Jahre nach dem Erbfall seine Forderung geltend macht,

---

[1]) Es läßt sich auch als ein beneficium dationis in solutum auffassen. Schuldtilgung durch Herausgabe der Masse an das Gericht.

[2]) Sog. „Erschöpfungseinrede". Landsberg, das R. des B.G.B. II. S 1143 § 300.

einem ausgeschlossenen gleich (mit Ausnahmen). Also auch einem solchen gegenüber hat der Erbe die Einrede der beschränkten Haftung und als Beweismittel das Inventar.

Sodann kann auch außerhalb dieser zwei Fälle beschränkter Haftung das Inventar als Beweismittel dem Erben von Nutzen sein: so bei der Erbteilung, ferner im Verhältnis vom Vorerben und Nacherben, wenn dieser Auskunft verlangt (§ 2127) oder wenn der Erbschaftsbesitzer mit hereditatis petitio belangt wird und unterliegt (§ 2027).

Endlich aber gewährt das Inventar dem Erben nicht bloß Beweisvorteile, sondern auch materielle Rechtsfolgen, denn wenn ihm auch das Inventar an sich noch nicht eine Beschränkung seiner Haftung verschafft, so wahrt es ihm doch die Beschränkbarkeit derselben; er behält das Recht jederzeit die Nachlaßverwaltung zu beantragen (§ 2013) per argumentum a contrario. Wenn der Erbe unbeschränkt haftet, dann ist er nicht berechtigt, die Anordnung einer Nachlaßverwaltung zu beantragen. Also nur dann nicht, sonst kann er sie immer beantragen; und hat er ein Inventar errichtet, so bleibt ihm diese Möglichkeit dauernd.

Weiter aber schützt das Inventar den Erben gegen die Gefahr, daß ihm noch eine Inventarfrist gesteckt wird, die er versäumen könnte.[1])

Desgleichen schützt er den Erben gegen den Vorwurf der Fahrlässigkeit, die ihn nach § 1980 zum Schadensersatz an den Gläubiger verpflichtet (wenn er z. B. die Überschuldung des Nachlasses nicht erkannt und darum nicht Eröffnung des Konkurses beantragt hat).

Nach alledem sind die Wirkungen der Inventarerrichtung auch zu Gunsten des Erben immer noch sehr erhebliche, nur bestehen sie eben nicht so direkt, wie bisher, in einer Beschränkung der Haftung der Erben. Aber dafür ist auch die Verpflichtung des Erben zur Inventarisierung nicht mehr ohne weiteres durch das Gesetz begründet, sondern erst dann vorhanden, wenn der Richter ihn dazu aufgefordert hat. Dadurch werden Erscheinungen vermieden, wie sie noch im preußischen Privatrecht möglich waren. Nach diesem konnten die Gläubiger erst sechs Monate lang warten, und dann, weil die Inventarfrist ver-

[1]) Eck denkt hierbei an einen auch von Strohal betonten Vorteil der Inventareinreichung bei Gericht. (2. Aufl. S. 414.)

strichen war, den Erben als nunmehr unbeschränkt haftend in Anspruch nehmen.

Strohal[1]) findet es trotz der richterlichen Aufforderung zu hart, daß der die Inventarfrist versäumende Erbe unbeschränkt hafte, denn er habe vielleicht geglaubt, gar nicht der Erbe zu sein. Allein dieser Vorwurf ist doch wohl unhaltbar; denn infolge der richterlichen Aufforderung mußte der Erbe doch sehen, daß es mindestens zweifelhaft sei, ob er nicht vielleicht doch die Erbeseigenschaft habe.[2])

Wollte er die Erbschaft nicht, dann hätte er ausschlagen sollen, wollte er sie aber annehmen, dann konnte er das Inventar durch das Gericht aufnehmen lassen.

Man kann nun freilich den Wert eines Inventars bezweifeln, das nicht sofort beim Erbfall, sondern erst nach Monaten oder Jahren errichtet wird. Indessen einmal ist es doch auch bei einem sofort aufgenommenen Inventar möglich, daß manches Nachlaßaktivum weggelassen oder durch einen kühnen Griff vom Erben beseitigt wird. Sodann aber ist die Sicherheit für die Vollständigkeit des Inventars nach B.G.B. insofern größer, als auch eine obrigkeitliche Person bei der Aufnahme zugezogen werden muß. Endlich haben es die Gläubiger ganz in der Hand, dem Erben schleunigst eine Inventarfrist stecken zu lassen, und sie handeln nachlässig, wenn sie es nicht tun. Ja, der Erbe wird sich auch durch sein eignes Interesse angetrieben fühlen, ein Inventar zu errichten, also ist eher ein Wettlauf zwischen Erben und Gläubiger in der Inventarerrichtung zu erwarten, indem der erstere aus freien Stücken anfangen wird, zu inventarisieren und die Gläubiger ihnen dann noch eine Frist stecken lassen, binnen deren er fertig werden muß.

Nur freilich — sagt Wilke mit Recht —, möge sich der Erbe nicht allzu sehr mit der Vollendung des Inventars beeilen, sonst verkürze er damit die Wartefrist der Gläubiger und seine aufschiebenden Einreden (§ 2014).

---

[1]) Vgl. 2. Aufl. S. 40 ff.

[2]) Bei Versäumung der Inventarfrist gibt übrigens das B.G.B. eine Rechtshilfe in § 1996, von der das R.G. (Bd. 54 Nr. 44 S. 152) dahingestellt läßt, ob sie als eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angesehen werden könne, die aber jedenfalls als eine Ausnahme von der grundsätzlichen Verwerfung dieses außerordentlichen Rechtsmittels anzusehen ist.

4. Ausschließung von Gläubigern durch Aufgebot.

(B.G.B. §§ 1970—1974; C.P.O. §§ 989—1001.)

§ 7.

Das Aufgebot der Nachlaßgläubiger ist im wesentlichen geregelt nach dem Muster des preußischen Gesetzes vom 28. März 1879, betreffend die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben und das Aufgebot der Nachlaßgläubiger.

Übereinstimmend mit diesem Gesetz bezweckt das Aufgebot im Interesse des Erben nicht bloß, wie Strohal und Wendt sagen, die unbekannten Gläubiger zu ermitteln, sondern auch festzustellen, welche Gläubiger vom Erben Befriedigung verlangen,[1]) damit der Erbe beurteilen kann, ob der Nachlaß zureicht oder nicht, ob er also den Nachlaßkonkurs herbeiführen oder gar die Erbschaft ausschlagen muß. Darum kann nach § 1970 der Erbe ohne weiteres das Aufgebot beantragen, vorausgesetzt nur (C.P.O. § 991), daß er nicht bereits wegen Versäumnis der Inventarfrist unbeschränkt haftet. Dann kann er seine Haftung auch nicht mehr durch Aufgebot beschränken (vgl. § 2013 und die dort citierten §§ 1973, 1974).

Weiter richtet sich darum das Aufgebot, wie nach preußischem Recht, nicht bloß an die unbekannten Gläubiger, sondern vor allem an die bekannten. Der Erbe muß sogar nach § 992 seinem Aufgebotsantrag ein Verzeichnis der ihm bekannten Gläubiger mit Angabe ihres Wohnortes beifügen, und den so angezeigten Gläubigern ist nach § 994 Abs. 2 C.P.O. das Aufgebot von Amts wegen zuzustellen.[2])

Nur gewisse Klassen von Gläubigern werden nach den §§ 1971, 1972 durch Aufgebot nicht oder doch nicht in vollem Umfange ihrer Forderungen betroffen, nämlich

a) die Realgläubiger (auch die Bevorrechtigten genannt), soweit sie nur aus dem Gegenstande ihres Rechtes Befriedigung suchen;
b) die Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnisnehmer und Auflageberechtigten.

---

[1]) Ein solches Verlangen wird der Erbe wohl bei den ihm bekannten Gläubigern vermuten dürfen. Eck denkt wohl weit mehr an Personen, von denen es zweifelhaft ist, ob sie Gläubiger sind oder nicht.

[2]) Der Druck, der so auch auf bekannte Gläubiger ausgeübt wird, hat wohl weniger den Zweck zu erforschen, ob sie befriedigt sein wollen, als jeden späteren Zweifel darüber, ob sie dem Erben bekannt waren, auszuweichen.

Ihre Exemtion von dem Anmeldungszwang ist eine große Begünstigung. Zur Begründung heißt es in der Denkschrift,[1]) daß der Erbe sie meist ohnehin aus dem Testament kennen werde, und auch wenn sie erst später bekannt würden (etwa durch eine nachträglich aufgefundene letztwillige Verfügung), ihre Ausschließung unbillig sein würde. Allein dieser Grund ist offenbar unzureichend, denn es kann ja auch bei anderen Gläubigern zutreffen, daß der Erbe sie bereits kennt.[2])

Die Frist beim Aufgebot soll höchstens 6 Monate betragen (C.P.O. § 994) und als Rechtsnachteil wird denen, die sich nicht melden (wie schon in Preußen), nicht völliger Ausschluß angedroht, sondern nur die Beschränkung, daß sie vom Erben nicht weiter Befriedigung verlangen können, als aus dem Überschuß, der nach Befriedigung der nicht Ausgeschlossenen etwa verbleiben werde.[3]) Übereinstimmend mit diesem Präjudiz bestimmt denn auch das B.G.B. die Wirkung des Ausschlußurteils im § 1973. Der Erbe kann nämlich, sobald der Nachlaß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft ist, den Ausgeschlossenen die Befriedigung verweigern eben mit jener schon oben gestreiften Einrede der beschränkten Haftung, und zwar auch dann, wenn er das Vorhandensein der Forderungen des ausgeschlossenen Gläubigers von vornherein gekannt hat. Ja, der Erbe darf sogar Pflichtteilsberechtigte und Vermächtnisnehmer (auch unangemeldete) vor einem ausgeschlossenen Gläubiger befriedigen, solange dieser seine Forderung noch nicht geltend gemacht hatte (§ 1973), eine neue Begünstigung der Pflichtteilsberechtigten wie Vermächtnisnehmer und zugleich neue Härte für den ausgeschlossenen Gläubiger, die an das römische „ius civile vigilantibus scriptum est“ [4]) erinnert.

Die Reichstagsvorlage ging freilich noch weiter, indem sie auch die Bestimmung wegstrich, daß, wenn der ausgeschlossene Gläubiger seine Forderung bereits geltend gemacht hatte, dann die Befriedigung der Pflichtteilsberechtigten und Vermächtnisnehmer nicht vor ihm ge-

[1]) S. 394.

[2]) Man kann in der Vermeidung eines Zwanges gegen diese Gläubiger eine Pietätsrücksicht auf den Willen des Erblassers erblicken.

[3]) Dieser wird natürlich pro viribus hereditatis berechnet, nicht als Rest dessen, was bei einer Haftung cum viribus hereditatis übrig bleibt. — Diese Beschränkung der Ausgeschlossenen kann nicht als Zweck des Aufgebots angesehen werden; denn der Erbe kann sie nicht erwarten. Die Gefahr ihres Eintritts ist vielmehr nur das Mittel, das die Gläubiger zur Anmeldung treiben soll.

[4]) Dig. XLII, 8. fr. 24.

schehen kann. Aber zum Trost für den Ausgeschlossenen bestimmt K.O. § 222 für den Fall eines Nachlaßkonkurses und entsprechend des Anfechtungsgesetzes, daß die bereits erfolgte Befriedigung eines Pflichtteilsberechtigten oder Vermächtnisnehmers, die vor der eines ausgeschlossenen Gläubigers stattgefunden hat, vom Konkursverwalter wieder angefochten werden kann, ebenso wie eine unentgeltliche Verfügung des Erben. Vom Erben selber aber kann der ausgeschlossene Gläubiger nach § 1973 Abs. 2 nicht mehr verlangen, als daß er ihm einen Überschuß zum Zwecke der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herausgebe, d. h. die noch vorhandenen Sachen in natura; er kann aber auch statt dessen, wenn er auf eine Versteigerung spekuliert, ihren Wert zahlen (§ 1973 Abs. 2 S. 3)[1]). Also hier gilt auch keine Reihenfolge der Gläubiger mehr, sondern die Prävention entscheidet wie einst bei Justinian. Wer von den ausgeschlossenen Gläubigern zuerst kommt, der mahlt zuerst.

Natürlich braucht der Erbe es nicht zum Prozeß oder zur Zwangsvollstreckung kommen zu lassen, sondern er kann auch in Güte den Überschuß herausgeben. Im Fall eines Prozesses aber wird der Erbe nach § 780 C.P.O. zunächst in das Urteil den Vorbehalt aufnehmen lassen müssen, daß er nur mit dem Überschusse des Nachlasses haftet, und bei der Zwangsvollstreckung wird er dann zu beweisen haben, was ihm als Überschuß verblieben sei. Gibt er diesen ab, oder wird er ihm weggenommen, so sucht der Gläubiger daraus seine Befriedigung. Bleibt ein Rest, so muß er dem Erben zurückgegeben werden.

Die entscheidenden Worte des § 1973 Abs. 2 bedeuten also nicht, wie im Partikularrecht ein Abandon-, sondern ein Exekutionssystem, bei dem der Haftende sich nur einen vorhandenen Überschuß abnehmen zu lassen braucht. Indessen hat nach § 1973 Abs. 2 Satz 3 schon die rechtskräftige Verurteilung des Erben für den betreibenden Gläubiger den Erfolg, daß sie ihm den anderen Gläubigern gegenüber den Vorrang sichert. Es gilt also nicht eine Prävention des Jndiehandbekommens, sondern eine Prävention des rechtskräftigen Urteils.

Dieselben Vorteile, wie durch Aufgebot, erlangt der Erbe auch ohne gerichtliches Verfahren nach § 1974 einem solchen Gläubiger gegenüber, dessen Forderung erst später als fünf Jahre nach dem Erb-

[1]) Soll er nicht auch mit erworbenen Surrogaten der Erbschaftsstücke haften? Eck wollte dies wohl schwerlich bestreiten. Es entspricht den Grundsätzen der Bereicherungsansprüche. Hier wird wieder der Unterschied der Haftung pro viribus und cum viribus hereditatis praktisch.

fall geltend gemacht wird, ausgenommen, wenn der Erbe sie vorher kannte. Nur diejenigen Gläubiger, die nach § 1971 von der Pflicht zur Anmeldung im Aufgebotsverfahren befreit sind, werden auch durch Ablauf der fünf Jahre nicht betroffen (§ 1974 Abs. 3). Es wird also ein fünf Jahre lang schweigender Gläubiger einfach einem ausgeschlossenen gleichgestellt, und zwar auch ein Pflichtteilsberechtigter oder Vermächtnisnehmer. Das kann sehr hart sein, z. B. wenn ein Gläubiger vom Tode seines Schuldners fünf Jahre lang nichts erfahren hat, oder die Forderung erst fünf Jahre nach dem Eintritt des Erbfalls fällig geworden ist.

Nur für den Fall der Verschollenheit ist besonders bestimmt, daß die fünfjährige Frist nicht allemal mit dem Erbfall, sondern nicht vor Erlaß der Todeserklärung erfolgen soll, weil sie sonst im Augenblick, wo der Erbe erst für tot erklärt wird, schon verstrichen sein könnte. Demnach ist es für den Gläubiger empfehlenswert, sich beim Tode seines Schuldners auch ohne Aufgebot beim Erben und im Falle eines Aufgebots auch beim Nachlaßgericht zu melden, damit der Erbe nur von ihm weiß und der Gefahr vorgebeugt wird, daß durch Ablauf der fünfjährigen Frist der Gläubiger in die Stellung eines Ausgeschlossenen hinabsinkt. Auch in diesen Vorschriften liegt der Gedanke ius civile vigilantibus scriptum est.

Die Reichstagsvorlage ging soweit, den ausgeschlossenen Gläubigern auch den Antrag auf Konkurseröffnung zu versagen, ja sogar die Teilnahme am Konkurse (Denkschrift §§ 205b, 205i). Indessen letzteres hat die Konkursordnung nicht in sich aufgenommen (§ 226 Abs. 1) und das erstere wenigstens dahin abgeschwächt (§ 219), daß der ausgeschlossene Gläubiger die Konkurseröffnung dann beantragen kann, wenn der Erbe selber in Konkurs geraten ist.

Nach alledem führt das Aufgebot zu einer relativen Beschränkung der Haftung des Erben: den ausgeschlossenen gegenüber haftet er nur auf den Überschuß. Wenn er nun aber, während das Aufgebotsverfahren ihm diese relative Beschränkung seiner Haftung gesichert hat, daneben aus einem anderen Grunde, namentlich wegen Versäumung der Inventarfrist, unbeschränkt haftbar wird, so schließt dies nach § 2013 Abs. 1 S. 1 die Möglichkeit aus, im Aufgebotsverfahren eine Beschränkung der Haftung auf den Überschuß zu erwirken und die §§ 1973 und 1974 finden keine Anwendung.

Dagegen (so fährt § 2013 Abs. 2 fort), kann umgekehrt der Erbe sich auf eine durch Ausschlußurteil oder Zeitablauf bereits eingetretene Beschränkung der Haftung allerdings berufen, wenn später der Fall

der Inventarversäumnis oder der Unvollständigkeit des Inventars (§ 1994 Abs. 1 S. 2, § 2005) eintritt.

Wenn also durch Versäumnis der Inventarfrist die Haftung bereits eine unbeschränkte geworden war, so kann durch das Aufgabeverfahren keine Beschränkung mehr eingeführt werden. Wenn aber umgekehrt der Erbe bereits durch Ausschlußurteil oder Zeitablauf eine Beschränkung seiner Haftung gegenüber den ausgeschlossenen Gläubigern erzielt hatte, so kann eine spätere Versäumung der Inventarfrist oder Unvollständigkeit des Inventars ihn nicht mehr um den bereits erreichten Vorteil bringen.[1])

5. Aufschiebende Einreden.

§ 8.

Mit der Annahme der Erbschaft, also spätestens sechs Wochen a die scientiae, erlischt die aufschiebende Einrede der noch laufenden Ausschlagungsfrist aus § 1958.

Aber in demselben Augenblicke erwächst dem Erben eine andere und neue: Damit er sich nämlich überlegen könne, ob er selbst die Befriedigung der Gläubiger bewirken oder ob er dazu Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs beantragen (d. h. ob er beschränkt oder unbeschränkt haften will), darf er nach § 2014 die Berichtigung einer Nachlaßverbindlichkeit noch drei Monate lang verweigern, nur nicht mehr nach Errichtung des Inventars, weil er ja dann über die Lage der Erbschaft im Klaren sein muß.

Wenn er es aber für nötig hält, neben der Inventarerrichtung noch ein Aufgebotsverfahren zu erwirken, so verlängert sich seine Schonfrist (d. h. die Dauer der aufschiebenden Einreden) nach § 2015, sobald nur binnen einem Jahr der Antrag auf ein Aufgebot gestellt und zugelassen worden ist, auf die Zeit bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens.

Diese Schonfristen haben auch nicht „bloß die Nachlaßgläubiger inne zu halten, sondern ebenso nach § 783 C.P.O. die persönlichen Gläubiger des Erben, wenn sie aus Nachlaßstücken Befriedigung suchen".[2])

---

[1]) Diese beschränkte Haftung beruht überhaupt nicht auf dem bloßen Willen des Erben, wie in den drei Fällen einer Preisgabe der Masse. Nicht das Aufgebot, sondern die Säumniß der Gläubiger beschränkt hier ihre Kraft.

[2]) Vorbereitungsheft.

Nur wenn der Erbe unbeschränkt haftet, fallen nach § 2016 Abs. 1 diese beiden Arten von Schonzeiten (die dreimonatige Frist und auch die Frist bis zum Ablauf des Aufgebotsverfahrens) wieder fort und bei dem Nachlaßpfleger beginnen die Fristen schon mit der Bestellung (§ 2017).

Natürlich scheint diese dilatorische Behandlung der Gläubiger höchst drückend zu sein. Doch ist dagegen zweierlei zu betonen: Einmal galten diese Bestimmungen wesentlich schon nach dem preußischen Gesetz vom 28. März 1879; ja sie waren sogar zum Teil strenger, weil alle Zwangsvollstreckungsmaßregeln sistiert wurden. Sodann aber ist die Wirkung dieser Einreden aus § 2014 und § 2015 bei Licht besehen eine sehr abgeschwächte, denn diese Einrede aus § 2014 verzögert nur die Berichtigung der Schuld, also nicht die Klage des Gläubigers gegen den Erben, ebenso wenig die Verurteilung, ja nicht einmal Arrestmaßregeln, sondern wie § 305 C.P.O. ausdrücklich sagt, kann ein Erbe trotz dieser Einrede unter dem Vorbehalt der beschränkten Haftung verurteilt werden.

§ 782 C.P.O. läßt sogar die Zwangsvollstreckung zu durch solche Maßregeln, welche zur Vollziehung eines Arrestes zulässig sind. Gegenüber solchen Gläubigern, die schon vor dem Erbfall ein Vorrecht auf abgesonderte Befriedigung erworben haben, gilt die Wartefrist überhaupt nicht (§ 2016 Abs. 2).

So ist die Schonzeit für den Erben durchaus keine Zeit absoluter Ruhe, sondern nur die eigentliche Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten soll ihm nicht abgepreßt werden. Aber der Gläubiger braucht mit nichten sich mit einer Vertröstung auf die dreimonatige Frist und auf die Zeit bis zum Ablauf des Aufgebotsverfahrens zufrieden zu geben; er kann klagen und eine Verurteilung erzielen.

6. Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs.

§ 9.

a) Die Nachlaßverwaltung.

Die Nachlaßverwaltung und der Nachlaßkonkurs sind im B.G.B. § 1975 zusammengestellt als die beiden Mittel, welche die Haftung des Erben noch mehr beschränken als das Aufgebot, nämlich nicht bloß relativ, d. h. den ausgeschlossenen Gläubigern gegenüber, sondern absolut, d. h. allen gegenüber, und somit eigentlich an Stelle des bisherigen beneficium inventarii getreten sind, und die ferner beide die Haftung gegenständlich in der Art beschränken, daß der Erbe ihnen

nur noch mit den Nachlaßstücken haftet (cum viribus hereditatis). Nur freilich haben sie diese beiden Wirkungen nicht immer, wie Gareis behauptet, sondern in einem Falle ausnahmsweise nicht; denn § 1975 ist nach § 2013 unanwendbar, wenn der Erbe unbeschränkt haftet! — Beides — Regel und Ausnahme — spiegelt sich in C.P.O. § 784 Abs. 1 a. E. Danach ist im Fall des Nachlaßkonkurses und der Nachlaßverwaltung die Zwangsvollstreckung in das eigene Vermögen des Erben zu sistieren, es sei denn, daß er für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet.

Diese Beschränkung der Nachlaßgläubiger auf die Nachlaßstücke hat aber auch eine ihnen günstige Kehrseite darin, daß aus den Nachlaßstücken auch sie allein befriedigt werden, und zwar ohne Konkurrenz der persönlichen Gläubiger des Erben. Zu diesem Zwecke wird durch Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs die bereits eingetretene confusio bonorum rückwärts aufgelöst und in eine separatio bonorum verwandelt.

Im einzelnen gelten für beide Institute gemeinsam folgende Sätze:

1. Durch Anordnung der einen wie der andern Maßregel verliert der Erbe die Befugnis, den Nachlaß zu verwalten und darüber zu verfügen (§ 1984 Abs. 1). Auch tritt Unwirksamkeit seiner Rechtshandlungen gegenüber den Konkursgläubigern und nach C.P.O. § 241 Abs. 2 Unterbrechung des Verfahrens ein. Dementsprechend sind auch zu Gunsten der eigenen Gläubiger des Erben Zwangsvollstreckungsmaßregeln in den Nachlaß nicht mehr zulässig (§ 1984 Abs. 2) und die bereits geschehenen werden wieder aufgehoben (C.P.O. § 784 Abs. 2).

2. Alle durch Vereinigung der Vermögensmassen erloschenen Rechtsverhältnisse gelten nunmehr als nicht erloschen (§ 1976).

3. Kompensationen, die bereits vollzogen sind von einem Nachlaßgläubiger gegen eine eigene Forderung des Erben oder von einem eigenen Gläubiger des Erben gegen eine Nachlaßforderung, gelten als nicht erfolgt (§ 1977).

4. Da der Nachlaß nun an erster Stelle für die Nachlaßgläubiger bestimmt ist, so steht nach § 1978 der Erbe den Nachlaßgläubigern gegenüber in Bezug auf seine bisherige Verwaltung des Nachlasses bis zur Annahme der Erbschaft wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag und von der Annahme an wie ein Beauftragter. Nur, wenn er eine Nachlaßverbindlichkeit berichtigt hat, weil er annehmen durfte, daß der Nachlaß ausreiche, müssen nach § 1979 die Nachlaßgläubiger

dies gelten lassen. Wenn aber umgekehrt der Erbe von der Überschuldung des Nachlasses Kenntnis hatte oder hätte haben müssen und er doch nicht Konkurs beantragt hat, so haftet er nach § 1980 den Gläubigern persönlich auf Schadensersatz.

Das alles ist der Nachlaßverwaltung und dem Nachlaßkonkurse gemeinsam. Es bleiben die Besonderheiten beider Institute zu erörtern:

Die Nachlaßverwaltung ist eine Abart der Nachlaßpflegschaft (§ 1975). Aber die sonstige Nachlaßpflegschaft ist (wie im früheren Recht) Sache des Vormundschaftsgerichts und tritt nur bei Ungewißheit des Erben und besonders zu dessen Sicherung ein. Dagegen bezweckt die Nachlaßverwaltung Befriedigung der Gläubiger (§ 1975), und darum hat der Nachlaßverwalter viel weiter gehende Befugnisse als ein anderer Nachlaßpfleger, wogegen der Erbe seiner Macht und Pflicht enthoben wird. In der Literatur wird der Nachlaßverwalter oft mit dem Konkursverwalter verglichen, doch nicht mit vollem Recht; denn jener ist weit selbständiger als dieser, denn er ist alleiniges Organ für die Verwaltung, während an der Konkursverwaltung die Gläubiger beteiligt sind.

Im einzelnen bestimmt das B.G.B. folgendes:

1. Die Nachlaßverwaltung wird wie der Nachlaßkonkurs nie von Amts wegen, sondern nur auf Antrag eröffnet, im Gegensatz zur österreichischen Verlassenschaftsabhandlung, wobei der Erbe von vornherein verdrängt wird, und dem ähnlich gestalteten württembergischen Recht. Den Antrag auf Nachlaßverwaltung kann der Erbe nach § 1981 ohne weiteres stellen, außer, wenn er bereits unbeschränkt für die Nachlaßschulden haftet (§ 2013 Abs. 1 Satz 1 a. E.).

Aber auch ein Nachlaßgläubiger kann nach § 1981 Abs. 2 gerichtliche Nachlaßverwaltung beantragen, jedoch nicht ohne weiteres, was für den Erben sehr hart wäre, sondern nur, wenn anzunehmen ist, daß die Nachlaßgläubiger sonst durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Erben gefährdet werden (z. B. durch Verschwendung oder Überschuldung) und nur binnen zwei Jahren seit Annahme der Erbschaft. In diesem § 1981 Abs. 2 steckt das bisherige Absonderungs- oder Trennungsrecht (beneficium separationis) mit einer Fortbildung. Bisher gab die K.O. § 43 den Nachlaßgläubigern ein Separationsrecht nur im Konkurse des Erben und nur nach Maßgabe der Landesrechte; von letzteren gewähren es §§ 500 ff. Abs. I, 16 A.L.R. sehr beschränkt, nämlich nur, wenn die Gläubiger innerhalb eines Jahres nach dem Tode des Erblassers ihre Forderungen ausgeklagt haben. Das

gemeine Recht gab es freilich auch außerhalb des Konkurses, doch nur in der Art, daß das Gericht dem Erben aufgibt, die Massen zu trennen. Dagegen gewährt in viel weiterem Umfange jetzt § 1981 Abs. 2 das Absonderungsrecht, wenn schon nicht unter diesem Namen, indem die Gläubiger die Nachlaßverwaltung eben auf Grund jeder Gefährdung herbeiführen können (Wilke S. 16), z. B. wenn der Erbe Nachlaßmittel zu persönlichen Zwecken verbraucht, sie zum Besten von Vermächtnissen und zum Nachteil anderer Nachlaßgläubiger verwendet oder gar mit seinem eigenen Vermögen in Konkurs gerät, und wenn der Nachlaß überschuldet ist, sogar den Konkurs zu erwirken im Stande sind (§§ 215, 217 K.O.). Infolgedessen ist der ehemalige § 43 K.O. gestrichen.

Die erfolgte Anordnung der Nachlaßverwaltung hat das Gericht zu veröffentlichen (§ 1983). Über die Wirkung der Nachlaßverwaltung ist schon bemerkt, daß der Nachlaßverwalter an Stelle des Erben, wie § 1985 sagt: den Nachlaß zu verwalten und die Nachlaßverbindlichkeiten zu berichtigen hat. Daher können auch Ansprüche an den Nachlaß fortan nur gegen den Nachlaßverwalter geltend gemacht werden (§ 1984 Abs. 1 Satz 3). Er ist aber, wie § 1985 Abs. 2 mit bemerkenswerter Kürze erklärt, „auch" den Nachlaßgläubigern verantwortlich. Wem er weiter verantwortlich sei, ist nirgends gesagt; doch liegt in dem Worte: „auch", daß er dem Erben schon nach der Natur der Sache verantwortlich ist. Weitere Bestimmungen über die Stellung des Nachlaßverwalters sind merkwürdigerweise im B.G.B. nicht enthalten — eine Regelung, die Wendt darum mit Recht als höchst lakonisch bezeichnet. Indessen besagt viel die im § 1985 Abs. 2 enthaltene Verweisung auf die Vorschriften des § 1978 Abs. 2 und der §§ 1979 und 1980. Die in diesen Paragraphen dem Erben vorgeschriebenen Vorsichtsmaßregeln muß also auch der Nachlaßverwalter beobachten; er hat danach bei Überschuldung des Nachlasses Konkurs zu beantragen, wenn unbekannte Gläubiger zu vermuten sind, ein Aufgebot herbeizuführen, ein Inventar, wo es fehlt, zu errichten. Dafür hat er andererseits das Recht, am Nachlaß Besitz zu ergreifen und Nachlaßstücke, soweit nötig, zu versilbern, sowie die aufschiebenden Einreden des Erben. Das alles hätte freilich etwas deutlicher gesagt werden können.

Erst wenn die Zulänglichkeit des Nachlasses festgestellt ist durch Aufgebot und Inventar, darf der Nachlaßverwalter, was § 1985 Abs. 1 sehr harmlos an die Spitze stellt, die Nachlaßverbindlichkeiten berichtigen; und nach § 1986 erst, wenn dies geschehen, resp. für die

noch nicht erfüllbare Sicherheit bestellt ist, den Nachlaß dem Erben ausantworten. Für seine Amtsführung erhält er Vergütung (§ 1987).

Das Ende der Nachlaßverwaltung tritt ein durch Eröffnung des Nachlaßkonkurses und durch Aufhebung von seiten des Gerichts (§ 1988) sowie, was § 1988 nicht erwähnt, auch durch Ausantwortung des Überschusses an den Erben, indem hiermit der Zweck der Nachlaßverwaltung erledigt ist.

Fraglich bleibt, wie der Erbe nach Beendigung der Nachlaßverwaltung für die unberechtigt gebliebenen Schulden zu haften habe. Merkwürdigerweise antwortet darauf das B.G.B. nicht direkt. Also ist seine Haftung zu bestimmen nach den unabhängig von der Nachlaßverwaltung geltenden Regeln, namentlich soweit nach ihnen die Voraussetzungen beschränkter Haftung vorliegen, dementsprechend, also z. B. ausgeschlossenen Gläubigern gegenüber nur auf den Überschuß, nicht ausgeschlossenen gegenüber (was freilich nicht leicht vorkommen wird) wohl nach Analogie von § 1990; wenn aber vielmehr unbeschränkte Haftung des Erben begründet ist (z. B. durch Inventarversäumung),[1]) dann muß der Erbe auch nach der Nachlaßverwaltung unbeschränkt haften. Also ein absolutes Mittel, um die Haftung des Erben zu beschränken, ist auch die Nachlaßverwaltung nicht.

b) Der Nachlaßkonkurs.

Der Nachlaßkonkurs wird im B.G.B. selbst immer nur gestreift, dagegen in der K.O. ist er in 21 Paragraphen eingehend normiert, während die frühere K.O. ihm nur fünf Paragraphen (§§ 202—206) widmete.[2]) Ausführlich ist da u. a. im § 217 der neuen K.O. das Antragsrecht geregelt. Dies haben bei Überschuldung des Nachlasses der Testamentsvollstrecker und jeder Nachlaßgläubiger doch nur zwei Jahre lang (§ 220) und wie § 219 hinzufügt, der Ausgeschlossene nur dann, wenn über das eigene Vermögen des Erben selbst Konkurs eröffnet ist. Dann werden im § 224 K.O. eine Anzahl Schulden als Masseschulden bezeichnet. Im § 225 ist bestimmt, daß der Erbe im Nachlaßkonkurs auch selbst als Gläubiger auftreten könne und im § 226 die Rangordnung der Forderungen gegen das frühere Recht dadurch geändert, daß eine Reihe von Forderungen post omnes ge-

[1]) Vgl. oben S. 27 Anm. 1.

[2]) Vgl. hierzu Entsch. des O.L.G.R. Hamburg v. 12. Nov. 1902 (Entscheid. in Angel. der freiw. Gerichtsbarkeit Bd. III S. 179): Die Bestellung eines Nachlaßpflegers für den unbekannten Erben ist zulässig, auch wenn über den Nachlaß der Konkurs eröffnet ist.

stellt sind, so die Pflichtteilsberechtigten und Vermächtnisnehmer. Die ersteren aber noch vor den letzteren.[1])

Materiell bestimmt dann noch B.G.B. § 1989, daß nach Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Verteilung der Masse oder Zwangsvergleich der Erbe für die Nachlaßschulden ebenso wie den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubigern nur noch mit dem Überschuß haftet.

Mit der Nachlaßverwaltung und dem Nachlaßkonkurs sind die beiden Hauptwege bezeichnet, auf denen der Erbe zu einer beschränkten Haftung gelangen kann. Freilich war bei Überschuldung des Nachlasses schon im früheren Recht der Konkurs der zu beschreitende Weg; indessen für den Fall, daß der Nachlaß nicht erkennbar überschuldet, doch auch nicht liquide und nicht glatt zu regulieren, ist das frühere Recht dahin geändert, daß die Beschränkung der Erbenhaftung nicht mehr durch Inventar zu erzielen ist, sondern nur noch durch Herbeiführung einer gerichtlichen Nachlaßverwaltung. Das ist nicht unbillig, denn durch diese Nachlaßverwaltung werden Gläubiger und Erbe gleichmäßig gesichert und dem Erben wird es erspart, wenn Überschuldung zu Tage kommt, selbst den Nachlaßkonkurs zu beantragen, was ja leicht einen gehässigen Anschein gewinnt. Freilich hat die Nachlaßverwaltung ihre Unbequemlichkeiten für den Erben, viel mehr als das alte beneficium inventarii. Dem Erben wird die Erbschaft aus der Hand genommen, und die Nachlaßverwaltung verursacht erhebliche Kosten (Wendt S. 361). Aber dafür vermeidet der Erbe Mühe und Verantwortung, und wenn weder einerseits die Zulänglichkeit des Nachlasses, noch andererseits seine Überschuldung klar ist, bietet die Nachlaßverwaltung den zweckmäßigsten Weg zur Regelung.[2])

7. Einrede der beschränkten Haftung.

§ 10.

Es bleibt die Möglichkeit, daß wegen Mangels an Masse Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs nicht tunlich sind, oder vom Gericht

[1]) Es entspricht dies dem Übergewicht der Noterbrechte über den Willen des Verstorbenen.

[2]) Alles in allem ist die Nachlaßverwaltung eine Art von Konkurs ohne Überschuldung, d. h. ohne nachweisliche Überschuldung. Sie hat ihrer Kosten wegen nur einen Zweck bei befürchteter Überschuldung. Bei völliger Ungewißheit der Überschuldung empfiehlt sich das Gläubigeraufgebot. Wenn die Nichtüberschuldung sicher feststeht, mag sich der Erbe mit den aufschiebenden Einreden begnügen (vgl. unten S. 45 zu Nr. 3).

wieder aufgehoben werden. Hier bedarf es noch einer subsidiären Gewährung beschränkter Haftung unmittelbar durch das Gesetz.

Das gewähren die §§ 1990 und 1991. Der Erbe kann die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht. Er muß nur den Nachlaß im Wege der Zwangsvollstreckung herausgeben.[1])

Genaueres ist schon oben beim Aufgebotsverfahren erörtert worden: der Erbe muß sich im Urteil die beschränkte Haftung vorbehalten lassen und kann die Gläubiger in der Exekution auf die Nachlaßgegenstände verweisen. Unter den Gläubigern gilt Prävention. Bei der Berechnung des Nachlasses gelten nach § 1991 Abs. 2 auch hier wie bei der Nachlaßverwaltung die durch confusio erloschenen Rechtsverhältnisse als fortbestehend.

Natürlich aber muß der Erbe beweisen, daß der Nachlaß so gering ist, was einige Schwierigkeiten bereiten kann. Der Beweis wird am einfachsten gesichert, wenn der Erbe den Antrag auf Nachlaß-Verwaltung oder Konkurs stellt und sich abweisen läßt. Nur die eine Maßgabe muß der Erbe nach § 1991 Abs. 4 beobachten, daß er Pflichtteilsansprüche, Vermächtnisse und Auflagen nach den Regeln des Konkurses befriedigt, also post omnes, d. h. erst hinter den vom Erblasser herrührenden Schulden und die Vermächtnisse auch erst hinter den Pflichtteilen (K.O. § 226 Nr. 4, 5).[2])

Man bezeichnet in der Literatur dieses Recht des Erben, bei Geringfügigkeit der Masse die Befriedigung eines Gläubigers insoweit zu verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht, technisch als Einrede der beschränkten Haftung, d. h. der auf den vorhandenen oder noch vorhandenen Nachlaß beschränkten Haftung.

Die gleiche Einrede gilt außerdem noch in zwei anderen Fällen, nämlich

1. nach §§ 1973 und 1974 gegenüber den durch Aufgebot ausgeschlossenen Gläubigern und denen, die wegen Zeitablaufes von fünf Jahren den Ausgeschlossenen gleichstehen (s. oben S. 33 ff.).

2. Nach § 1992 gegenüber Vermächtnisnehmern und Auflageberechtigten; diesen haftet der Erbe sogar, ohne daß Nachlaßverwal-

[1]) Auch dies ist die Abart eines Konkurses für den besonderen Fall der Unzulänglichkeit des Nachlasses.

[2]) Im Vorbereitungshefte findet sich noch Folgendes: „Ein Nachlaßgläubiger kann dies Recht des Erben auch nicht dadurch vereiteln, daß er nach dem Erbfall im Wege der Zwangsvollstreckung sich ein Pfandrecht oder eine Hypothek verschafft; daraus kann er kein dingliches Recht ableiten."

tung und -Konkurs wegen Mangel an Masse untunlich wären ohne weiteres nur auf den vorhandenen Nachlaß.

Solchen Forderungen gegenüber hat der Erbe nach § 1992 Satz 2 sogar das Recht, den gegenwärtigen Wert zur Abfindnng der Vermächtnisnehmer zu zahlen und dadurch den Vorteil einer möglichen Wertsteigerung für sich selbst zu sichern.

Faßt man die Ergebnisse wie Wilke[1]) praktisch zusammen, so ist zu sagen: der Erbe wird sich fragen müssen, ob der Nachlaß zureicht oder nicht zureicht oder ob dies zweifelhaft ist.

1. Wenn der Nachlaß *nicht* zureicht, tut der Erbe am Besten, auszuschlagen; sonst hat er Last ohne Nutzen.

2. Wenn der Nachlaß zureichend *erscheint*, dann erfolgt am besten Annahme der Erbschaft und Errichtung des Inventars bis zum Ablauf der durch §§ 2014 f. gewährten dreimonatigen Schonzeit nach der Annahme. Sobald *unbekannte* Gläubiger vorhanden sein können, auch ein Aufgebot. Damit ist eine sichere Grundlage für weitere Schritte gewonnen. Ergibt sich nun doch Überschuldung, dann ist Konkurs zu beantragen. Wenn nicht, kann der Erbe aus den liquiden Mitteln bezahlen. Melden sich später noch Gläubiger, die ausgeschlossen waren, so haftet er nur auf den Überschuß.

3. Bei zweifelhafter Lage des Nachlasses empfiehlt sich Nachlaßverwaltung.

4. Wenn der Nachlaß zu geringfügig dazu ist, tut der Erbe gut, sich nur den Beweis dafür zu sichern. Dann kann er ruhig abwarten und alles über sich ergehen lassen. Nachlaßschulden darf er nach Prävention bezahlen,[2]) nur Pflichtteile und Vermächtnisse darf er erst *post omnes* berichtigen, und wenn er verklagt wird, muß er Sorge tragen, den Vorbehalt der beschränkten Haftung ins Urteil aufnehmen zu lassen, C.P.O. § 780.

Andererseits können die Gläubiger, wenn der Erbe nicht sofort nach dem Erbfall annimmt, Bestellung eines Nachlaßpflegers (§ 1981) betreiben und gegen diesen ihre Ansprüche richten. Nimmt aber der Erbe an, so tun sie gut, ihm sofort eine Inventarfrist stecken zu lassen, oder, wenn ihre Befriedigung gefährdet ist, Nachlaßverwaltung zu beantragen.

Macht der Erbe kein Inventar trotz richterlicher Aufforderung, so haftet er nun unbeschränkt. Reicht er ein Inventar ein, so können

[1]) Haftung des Erben. 1898.

[2]) Darin läge eine große Härte gegen die säumigen Gläubiger. Dagegen spricht § 1991 Abs. 1. Danach gilt hier § 1979 (auf den sich die Entsch. d. R.G. Bd. 55 S. 160 bezieht).

die Gläubiger daraus ersehen, ob etwa Überschuldung besteht, und was an Nachlaßaktivis vorhanden ist; außerdem treiben sie durch ihr Andringen den Erben zur Erwirkung des Aufgebots, weil er dann bis zum Ende des Aufgebotsverfahrens die aufschiebenden Einreden aus § 2015 behält. Sodann gilt:

a) Ergibt das Inventar Überschuldung, so werden die Gläubiger entweder schleunigst Zwangsvollstreckung in bestimmte Stücke betreiben oder Konkurs beantragen.

b) Ergibt sich keine Überschuldung, der Erbe zahlt aber doch nicht, so werden die Gläubiger entweder wieder Zwangsvollstreckung betreiben oder gerichtliche Nachlaßverwaltung beantragen, denn nun sind sie gefährdet. Jedenfalls aber müssen sie sich hüten, zwei Jahre zu warten, weil sie mit deren Ablauf das Absonderungsrecht verlieren, oder gar fünf Jahre zu warten, weil sie sonst wie ausgeschlossene Gläubiger stehen.

Blickt man zurück, so lichtet sich doch das Dickicht der Gesetzesvorschriften und es bietet sich ein ziemlich klares Bild. Die Rechtsbehelfe sind sehr mannigfach, aber eben darum für alle Bedürfnisse ausreichend. Freilich wird der Laie sich in diesen Abschnitten nicht zurechtfinden. Aber Gemeinverständlichkeit ist schließlich nicht die höchste Aufgabe des Gesetzes, sondern diese besteht in der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit; und wenn diese beiden nicht anders zu verwirklichen sind, als mit Hülfe[1]) des Juristen, so ist dieser Preis wahrlich kein zu teurer.

8. Erbschaftsanspruch. (§§ 2018—2031.)

§ 11.

Literatur: R. Leonhard, Der Erbschaftsbesitz, 1899 (wandelt vielfach eigene Wege).

Die Lehre vom Erbschaftsanspruch ist im Preußischen Landrecht, wie Koch mit einem berühmten Wort gesagt hat, „ein leeres Blatt". Seine Verfasser meinten — wie A.L.R. I 15 § 3 erkennen läßt —, daß die Regeln über die Eigentumsklage auch für die Erbschaftsklage ausreichten.

Indessen ist ihre Übertragung auf die Erbschaftsklagen oft mißlich, und deswegen ist das B.G.B. im wesentlichen zu den Sätzen des römischen Rechts zurückgekehrt.

---

[1]) Zu ergänzen ist hier: „einer den Text vervollständigenden Gedankenarbeit".

1. Der Erbe als Nachfolger in alle Rechte des Erblassers hat natürlich all die Ansprüche, die aus diesen Rechten in Anfechtung der einzelnen Nachlaßgegenstände entspringen, wie § 2029 zum Überflusse ausdrücklich anerkennt, also alle Klagen, die man im römischen Recht die Singularklagen zu nennen pflegt, so aus Forderungen, den obligatorischen Anspruch und aus Sachenrechten den dinglichen, aber auch aus dem Besitz des Erblassers den possessorischen Anspruch; denn der Besitz geht nicht mehr, wie im röm. Recht, mit dem Tode des Besitzers unter, sondern auf die Erben über (§ 857). Im preuß. Recht war diese Frage mindestens zweifelhaft. Das B.G.B. bedeutet hierin gegenüber den früheren Rechten einen erheblichen Fortschritt; denn in dem Falle, daß der Erblasser an einer Sache *nur Besitz* und kein anderes Recht hatte, und unmittelbar nach seinem Tode irgend jemand, z. B. seine Wirtschafterin oder ein Dienstbote, ehe der Erbe diese Sache ergriffen hat, sie an sich nimmt, unter dem Vorgeben, der Verstorbene habe sie dem Okkupanten geschenkt, ist dem Erben im Gegensatz zum röm. Recht ohne weiteres die Besitzklage gegeben.

Aber neben diesen Klagen hat der Erbe entsprechend der römischen hereditatis petitio eine Universalklage, einen Gesamtanspruch auf die Erbschaft als ganzes gegen jeden, welcher sie als Erbprätendent ganz oder teilweise erlangt hat (§ 2018): den Erbschaftsanspruch.

Der Grundgedanke ist dabei, daß hier ein Vermögensinbegriff (universitas) verfolgt wird, der auch beim Wechsel seiner einzelnen Stücke identisch bleibt und, daß derjenige, der diesen Inbegriff ohne Recht als Universalsukzessor in Besitz genommen hat, auch auf die universitas haften muß (l. 10 § 2, l. 20 § 6, l. 22 D. de her. pet. 5, 3).

In der zweiten Kommission war man zweifelhaft, ob ein solcher Erbschaftsanspruch noch nötig sei. Man hob hervor, daß nach § 254 der revidierten C.P.O. jeder, der eine Forderung auf Herausgabe einer Gesamtheit habe, eine Gesamtklage erheben und die bestimmte Angabe der einzelnen Leistungen sich vorbehalten könne, bis der Beklagte ihm Rechnung gelegt habe. Man meinte also, die hereditatis petitio sei in diesem allgemeinen Gebilde aufgegangen. Allein die Mehrheit der Kommission erkannte richtig, daß gewisse andere wünschenswerte Sätze für den Erbschaftsstreit nur bei Anerkennung eines Anspruches aus einem einheitlichen Gesamtrecht zu gewinnen seien. So vor allem zu Gunsten des klagenden Erben das Surrogationsprinzip (§ 2019 Abs. 1): res succedit in locum pretii et pretium in locum rei, oder allgemeiner: surrogatum

sapit naturam eius, cui surrogatur; ferner zu Gunsten des beklagten gutgläubigen Erbschaftsbesitzers der Satz, daß er nur auf die aus der Erbschaft im ganzen ihm erwachsene Bereicherung haste (§ 2021) und daß er seine Aufwendungen auch dann abziehen kann, wenn er sie nicht für einzelne Sachen gemacht hat, sondern für die Erbschaft im ganzen (§ 2022 Abs. 2 und 3).

Also hat der klagende Erbe auch ein Recht auf Auskunft (§ 2027) und im Konkurse des Erbschaftsbesitzers das Aussonderungsrecht auf die Erbschaft als Ganzes u. a. m. Aus diesen Erwägungen ist der grundlegende § 2018 hervorgegangen.

Darnach ist aktiv legitimiert der Erbe und passiv derjenige Erbschaftsbesitzer (qui pro herede possidet), d. h. auf Grund eines ihm nicht zustehenden Erbrechts, also als Erbprätendent (pro herede) etwas aus der Erbschaft erlangt hat (aliquid possidet), sei es die ganze Erbschaft oder Stücke aus ihr (l. 9—11. D. h. t.) — technisch: der „Erbschaftsbesitzer".

Zur Passivlegitimation genügt auch das Erlangthaben. Der Kläger braucht also nicht wie bei der Eigentumsklage den gegenwärtigen Besitz des Beklagten darzutun, sondern nur Erlangung desselben, und der Besitzer muß auch nach § 2027 Auskunft geben über den Bestand der Erbschaft und den Verbleib der Erbschaftsgegenstände. Immer aber muß, wie im römischen Recht, die Erlangung von Erbschaftsaktivis durch Erbschaftsanmaßung des Beklagten titulo universali erfolgt sein, nicht titulo singulari, z. B. weil der Beklagte die Erbschaftssachen als Geschenke erhalten zu haben behauptet, oder weil er als Nachlaßschuldner die Erbenqualität des Klägers leugnet und darum Zahlung verweigert. In solchen Fällen ist die Gesamtklage nicht angebracht, sondern nur bei einem Streite von zwei Erbprätendenten, von denen der Beklagte als Erbprätendent aliquid possidet.[1])

Gleichgestellt ist dem Erbschaftsbesitzer in der Passivlegitimation wie im preußischen und römischen Recht durch § 2030 derjenige, der durch Vertrag von ihm die Erbschaft erworben hat, also namentlich der Erbschaftskäufer. Wichtig ist hierbei, daß der Erbschaftsbesitzer,

[1]) Bestritten ist, ob blos Eigenbesitzer haften (vgl. einerseits des Herausgebers Erbschaftsbesitz S. 19 und dagegen Strohal 2. Aufl. S. 550.) Man wird wohl zu unterscheiden haben, ob der Besitzer als Erbschaftsprätendent einen Fremdbesitz des Erblassers an sich genommen hat oder ob er, ohne Erbe sein zu wollen, aus der Nachlaßmasse ein Stück ergriffen hat, um es (z. B. leihweise) zu besitzen und dem Erben herauszugeben. Nur auf den ersteren Fall kann man den Erbschaftsanspruch ausdehnen. Auf den letzteren ist er keinesfalls berechnet.

wenn er unterliegt, keinen Lösungsanspruch gegen den Erben auf das hat, was er auf den Erwerb redlich verwendet hat, vielmehr muß er die Erbschaft ohne weiteres herausgeben und sich an seinen Auktor halten.

Auffällig ist, worüber Strohal und Küntzel lebhaft gestritten haben, daß dem possessor pro herede nicht wie im römischen Recht der possessor pro possessore gleichgestellt ist, d. h. derjenige, der ohne sich auf einen Rechtstitel zu berufen, tatsächlich Nachlaßbestandteile in Besitz genommen hat, nach dem Grundsatz: j'y suis, j'y reste, oder possideo quia possideo (l. 11 § 1. l. 12 D. h. t.), z. B. der Ehegatte des Erblassers oder ein Krankenpfleger oder eine Wirtschafterin, wenn sie den Nachlaß ganz oder teilweise an sich genommen haben und die Herausgabepflicht bestreiten, ohne darum ein Erbrecht zu prätendieren. In solchen Fällen weiß der Erbe meist nicht, wie viel der Okkupant genommen hat. Deshalb scheint zunächst eine Gesamtklage mit der Verpflichtung des Okkupanten zur Auskunftserteilung nötig.

In der Kommission wurde die Frage allerdings von manchen bejaht. So auch Strohal, der hier eine Lücke im Gesetz findet. Aber hiergegen siegte der Gedanke, daß die Anwendung der Gesamtklage gegen jeden tatsächlichen Okkupanten zu weit führen würde; die Ausdehnung der Besitzklage im B.G.B. genüge, um die Gesamtklage gegen den possessor pro possessore überflüssig zu machen. Denn jeder Zugriff eines Nichterben auf Sachen, die der Erblasser auch nur besaß, ohne weiteres Recht daran zu haben, sei ja bereits eine Besitzverletzung, bei der die Klagen wegen Eigenmacht aus § 861 gelten, freilich nur ein Jahr lang, und die Klage aus älterem Besitz (§ 1007) sogar 30 Jahre lang, endlich die Klage auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812) (condictio possessionis).

Dafür gab man das Recht auf Auskunftserteilung durch besondere Vorschriften (§ 2027 Abs. 2 und § 2028), nicht bloß gegen Okkupanten einer Nachlaßsache (§ 2027 Abs. 2), sondern sogar gegen jedes Mitglied der häuslichen Gemeinschaft mit dem Erblasser (§ 2028).[1])

Danach kann also jetzt die hereditatis petitio nicht mehr in einem Falle Anwendung finden, für den sie bisher die Praxis des

[1]) „Für ein solches ist der ruhende Nachlaß verführerisch". Vorbereitungsheft. Über den Verbleib der Nachlaßgegenstände hat also jeder Hausgenosse, gleichgiltig, ob er Erbe oder Nacherbe ist, Auskunft zu geben. So das Urteil des O.L.G. Jena vom 26. Januar 1901. Entsch. in Angelegenheiten der freiwill. Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt Bd. II S. 79.

preußischen Obertribunals (§ 487 I. 9) und des Reichsgerichts (Bd. 28 S. 354 ff.) zugelassen hat, nämlich wenn ein Nachlaßpfleger oder Testamentsvollstrecker, die doch beide kein Erbrecht prätendieren, vom Erben auf Herausgabe des Nachlasses belangt wird.

Wenn also der für den unbekannten Erben bestimmte Nachlaßpfleger nur einen Teil der Erbschaft an den Erben herausgibt und nun auf Herausgabe des Ganzen belangt wird, so behauptet der Nachlaßpfleger dabei nicht, ein Erbrecht zu haben und ist er nicht passiv legitimiert. Hier muß der Erbe vielmehr mit der Klage aus dem besonderen Rechtsverhältnis, in dem er zu dem Besitzer steht, vorgehen, also mit der Auftragsklage gegen den Testamentsvollstrecker[1]) oder mit der Klage aus der Geschäftsführung ohne Auftrag gegen den Nachlaßpfleger.

Ist die Okkupation aber in eigennütziger Absicht erfolgt, dann hat der Erbe einen Deliktanspruch. Diese Ansprüche sind zum Teil sogar vorteilhafter als der Erbschaftsanspruch. Daher entsteht — so darf man trotz Strohal sagen — durch dessen Nichtgewährung gegen den possessor pro possessore keine Lücke.

Ziel und Wirkung des Erbschaftsanspruchs bestimmen sich nach den römischen, zuerst durch das Senatusconsultum Inventianum vorgezeichneten Regeln: Es ist Herausgabe des vom Beklagten aus der Erbschaft Erlangten (§ 2018). Als aus der Erbschaft erlangt gilt auch das mit Mitteln der Erbschaft durch Rechtsgeschäfte Erworbenen (§ 2019 Abs. 1) — omne lucrum ei extorquendum est — eine Anwendung des Surrogationsprinzips, das sich durch das ganze B.G.B. hindurchzieht.[2])

Dieser Satz wird besonders wichtig für die Aussonderung im Konkurse des Erbschaftsbesitzers, indem hier die mit Erbschaftsgeldern angeschafften Sachen vom Aussonderungsrecht mit ergriffen werden.

Dem Erbschaftsanspruch unterliegen in gleicher Weise Sachen, die mit Erbschaftsmitteln erworben sind — auch wenn sie wertvoller sind, als diese — bei Forderungen, die aus einer Anlegung von Erschaftsgeldern erworben sind, z. B. Hypothekenforderungen, die hohe Zinsen bringen. Doch braucht der Dritt-Schuldner einer solchen Forderung

[1]) Über die Möglichkeit einer solchen Klage siehe unten die Lehre von dem Testamentsvollstrecker.

[2]) „Das Surrogationsprinzip findet sich ferner in § 1370, Vorbehaltsgut, § 1381, eingebrachtes, §§ 1473, 2041, 2111, 2374. Es wurde im gemeinen Recht als allgemein giltige Regel gelehrt, aber von der wissenschaftlichen Forschung verworfen." Vorbereitungsheft.

nach § 2019 Abs. 2 deren Zugehörigkeit zur Erbschaft erst nach erlangter Kenntnis gegen sich gelten zu lassen; er darf also den Erbschaftsbesitzer als seinen Gläubiger behandeln.

Ebenso sind die dritten Personen, die Erbschaftssachen vom Erbschaftsbesitzer redlich erworben haben, dem Erben nicht unbedingt haftbar, sondern durch die allgemeinen Regeln über den Erwerb im guten Glauben geschützt.

Außer der Substanz hat der Erbschaftsbesitzer nach § 2020 auch die gezogenen Nutzungen herauszugeben, selbst wenn er an Früchten das Eigentum erworben hat. Das stimmt mit dem römischen Recht überein, ist aber strenger als die Regel des preußischen Landrechts, welche dem redlichen Besitzer die fructus exstantes überließ.

Eine ähnliche Begünstigung des redlichen Besitzers gilt nach § 993 auch bei Einzelklagen, dagegen nicht bei Erbschaftsklagen, bei denen omne lucrum possessori extorquendum est, d. h. dem Erbschaftsbesitzer aller Gewinn aus den Händen gewunden werden soll.

Andrerseits haftet der Beklagte nach § 2021 (und dadurch schwindet der Anschein von Härte) soweit er zur Herausgabe außer Stande ist, nur nach den Regeln über ungerechtfertigte Bereicherung, also nur: quatenus locupletior est. Dennoch ist der Beklagte, soweit er Sachen bona fide verschlechtert, verbraucht, verloren, ja vielleicht verspekuliert hat, von der Ersatzpflicht frei. Er braucht vielmehr nur die Bereicherung herauszugeben, etwa die Forderungen an seine insolventen Schuldner zu zedieren. Es liegt eben keine culpa vor, denn — auch nach B.G.B. gilt der Satz: quasi suam rem neglexit. Nur von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an ist er dem Erben für verschuldete Verschlechterung verantwortlich. Diese Sätze sind wegen ihres Gegensatzes zum Preußischen Recht besonders zu betonen. Dieses enthält in § 219 A.L.R. I., 7 der gegen Dernburgs Ansicht auch auf Erbschaftsklagen anwendbar ist, den verhängnisvollen Satz, daß für die Verschlechterung der Qualität, die sich während der Besitzzeit ereignet habe, der Erbschaftsbesitzer nur insofern hafte, als sie durch sein grobes Versehen entstanden seien.

Dies konnte außerordentlich hart werden, wie jener Fall aus den Entscheidungen des Obertribunals beweist: Ein Gutsbesitzer verstirbt ohne Testament, sein nächster Verwandter, ein Neffe, tritt die Erbschaft ab intestato an und übernimmt das Landgut. Dieser, ein sonderbarer Kauz, läßt eine Allee von wundervollen Kastanienbäumen niederhauen und dafür ein Torfmoor herstellen und deterioriert das Landgut durch diese und ähnliche Devastationen bedeutend. Ein Dritter erhebt nun

als wahrer Erbe gegen ihn die **hereditatis petitio**. Hier muß der Neffe nach Pr. A.L.R. für die Verschlechterungen haften, da sie durch sein grobes Versehen entstanden sind.

Außerdem hat der Beklagte nach § 2022 auch ein Retentionsrecht wegen **aller** Verwendungen und Aufwendungen, — „wegen aller", das ist ganz wörtlich zu nehmen — also auch wegen der nicht notwendigen, ja nicht einmal nützlichen, und ferner auch wegen der nicht auf eine einzelne Sache gemachten, sondern für die Erbschaft als Ganzes geschehenen Aufwendungen. Also in beiden Punkten steht der verklagte Erbschaftsbesitzer sehr viel günstiger als der Beklagte bei der Eigentumsklage, doch können die Verwendungen auf die herauszugebende Bereicherung angerechnet werden; diese wird eben durch jene gemindert, auch wenn sie noch so töricht sind. Z. B. würde in dem obenerwähnten Falle aus der Praxis des Obertribunals der Neffe die Kosten für das Umhauen der Nußbäume und die Herstellung des Torfmoores als Aufwendungen von der Erbschaft abziehen können. Dagegen hat der Beklagte wie bei der Vindikation (§§ 1000 ff.) einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen nur dann, wenn der Erbe den Gegenstand seines Anspruchs wiedererlangt.

„Natürlich bleibt es möglich, daß gewisse Aufwendungen, z. B. § 2022 Abs. 3 Zahlung von Nachlaßverbindlichkeiten, nach allgemeinen Regeln dem Besitzer nicht bloß ein Zurückbehaltungsrecht, sondern einen Anspruch auf Ersatz gewähren."[1])

Eine Verschärfung der Haftung des Erbschaftsbesitzers tritt endlich noch in zwei Fällen ein.

1. Nach § 2023 wird er von Eintritt der Rechtshängigkeit an, mit der er doch sein Erbrecht als zweifelhaft anerkennen muß, unter die Zucht des Prozesses gestellt: Er haftet wie ein Vindikationsbeklagter wegen jeden Verschuldens, für Verschlechterung oder Untergang der Sache, auch für Versäumung für Nutzungen auf Schadensersatz. Zugleich behält er von da ab für Verwendungen den Ersatzanspruch nur soweit als sie notwendig waren.

2. Wenn der Erbschaftsbesitzer nicht in gutem Glauben war, — und das ist er nach § 932 schon, wenn er aus grober Fahrlässigkeit das fremde Recht verkannte, — so haftet er schon von dem Zeitpunkte seiner **mala fides** ab, wie sonst nach Eintritt der Rechtshängigkeit (§ 2024). Er steht dann so, als ob der Erbschaftsanspruch mit Ein-

[1]) Vorbereitungsheft.

tritt der mala fides rechtshängig gewesen wäre. Wenn er einen Nachlaßgegenstand aus strafbarer Handlung oder eigenmächtiger Besitzergreifung erlangt, z. B. eine Nachlaßforderung einkassiert hatte, so haftet er nach den Regeln über unerlaubte Handlungen. Danach — und das ist die Pointe dieses Satzes — hat er für Verwendungen keinen Ersatzanspruch (§ 1000).

Solche Eigenmacht liegt nun strenggenommen nach den Regeln über Besitz schon dann vor, wenn jener in gutem Glauben an sein Erbrecht eine Erbschaftssache an sich genommen hat. Soll auch ein solcher der strengen Haftung unterliegen? Dem beugt § 2025 Satz 2 vor: Es tritt jene Haftung nur dann ein, wenn der Erbe schon vorher an der Sache tatsächlich Besitz ergriffen hatte, also nicht bei lediglich ererbtem Besitz ohne Ergreifung.

Abgeschnitten ist zweckmäßigerweise dem beklagten Besitzer durch § 2026 die Einrede der Ersitzung natürlich, so lange nicht der Erbschaftsanspruch selber verjährt ist; sonst könnten bei der Leichtigkeit der Ersitzung, die ja keinen justus titulus mehr erfordert, die wichtigsten Nachlaßsachen dem Erbrecht entzogen werden. Hier ist also wieder eine wichtige Konsequenz des Gesamtrechts gezogen, das dem klagenden Erben durch Eintreten der Ersitzung von Erbschaftssachen nicht verkümmert werden kann. Nun fragt es sich, ob nicht der Erbe, statt des für den Beklagten in manchen Beziehungen günstigen Gesamtanspruches auch die Singularklage wählen könne, um dem Beklagten den Anspruch auf Ersatz von unnützen Verwendungen abzuschneiden (wie in dem obenerwähnten Falle aus der Praxis des Obertribunals), oder um ihn wegen einer culpa haftbar zu machen, für die er gegenüber einer Erbrechtsklage nicht zu haften braucht. Das römische Recht hat diese Frage bekanntlich verneint; es zwingt den Erben zur Anstellung der hereditatis petitio dadurch, daß er dem Beklagten die exceptio praejudicii gewährt. Der Beklagte kann sich eben verbitten, daß der Erbe, statt den Streit um das Erbrecht in seiner Totalität zum Ausdruck zu bringen, ihm jede einzelne Sache mit der Singularklage streitig macht, sodaß er innumerabilibus judiciis vexari potest.[1])

Etwas anders und einfacher hilft ihm auch das B.G.B. § 2029. Das Recht des Erbschaftsanspruchs gilt auch für die Singularansprüche. Also gegenüber den Singularklagen des Erben kann der Beklagte die-

[1]) Dig. 5, 3. fr. 5. § 2.

selben Rechtssätze, wie gegenüber der hereditatis petitio in Anspruch nehmen.

Wichtig ist die Fassung des § 2029. Nach dieser wird der Beklagte nicht erst auf eine Einrede verwiesen, wie im Entwurf I, sondern eine Änderung des materiellen Rechts bewirkt. Nötigenfalls muß der Beklagte behaupten und beweisen, daß er Erbschaftsbesitzer sei, um diesen Vorteil zu genießen.

Endlich ist ein der Erbschaftsklage analoger Anspruch durch § 2031 auch demjenigen gegeben, dessen Tod zu Unrecht angenommen worden ist, sei es infolge Todeserklärung, sei es ohne solche (z. B. zufolge unrichtigen Totenscheins). Der Zurückkehrende, dessen Erbschaft vergeben ist, kann eine hereditatis petitio utilis erheben, also einen allgemeinen Erbschaftsanspruch. Weiter sagt das B.G.B. nichts, doch kann passiv legitimiert auch dabei, wie gegenüber der hereditatis petitio directa, nur ein Erbprätendent sein, nicht, wie Strohal[1]) sagt, etwa auch derjenige, der selbst als der zu unrecht für tot Erklärte aufgetreten ist; denn dieser hat sich nicht als Erbe aufgespielt, non pro herede possidet.

9. Rechtsverhältnis von Miterben unter einander.

(§§ 2032—2049.)

§ 12.

Auch diese Lehre war (ebenso wie die eben erledigte) im Entwurf I ganz romanistisch gestaltet. Die Geteiltheit der Erbschaft war soweit durchgeführt, als irgend möglich, vor allem der Satz: nomina sunt ipso iure divisa. Die Erbschaft spaltete sich also durch Entwurf I in lauter selbständige Teilforderungen und -schulden und an den Rechten hatte jeder Erbe seine pars pro indiviso mit freier Verfügung darüber. Was Svarez drastisch vom römischen Recht sagt, mußte auch vom Entwurf I gelten: der Erbschaftsgläubiger oder Schuldner mochte danach jedem Miterben besonders nachlaufen, statt wie bisher dem einzelnen Erblasser. Der Gläubiger, der 100 Mark zu fordern hatte, mußte, wenn 10 Erben da waren, von jedem der 10 Erben seine 10 M. einfordern, und umgekehrt der Schuldner, der am ersten des Quartals

[1]) Vgl. hierzu Strohal 2. Aufl. S. 546, S. 548. Anm. 6 S. 567.

dem Erblasser Hypothekenzinsen zu bringen hatte, etwa 2000 M., konnte nun alle 10 Erben aufsuchen.[1])

Auf den allgemeinen Einspruch der Kritik ist die Lehre stark germanisiert worden, nach dem Prinzip der gesamten Hand, der Gemeinschaft ohne selbständige Teilrechte der Einzelnen, so daß sie jetzt im wesentlichen dem preußischen Recht entspricht.[2]) Nur ist der Hauptübelstand des preußischen Rechts: die übermäßige Abhängigkeit des einzelnen Erben von der Mitwirkung der übrigen, möglichst ermäßigt, und was die preußische Praxis schon immer angestrebt hat, ihm eine relative Selbständigkeit zu geben — wenn auch nicht annähernd diejenige des römischen Rechts — ist ihm gewährt worden.

Bis zur Auseinandersetzung ist der Nachlaß gemeinschaftliches Vermögen der Miterben (§ 2032). Dabei hat zwar nach § 2033 jeder einen Anteil am Ganzen und dementsprechend auch einen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen, aber dieser Anteil an den einzelnen Gegenständen ist gebunden, und der Verfügung der Miterben entzogen (wie im preußischen Recht). Zwar obligatorisch kann natürlich, ohne daß das B.G.B. das erst auszusprechen brauchte, wie schon in Preußen, jeder Miterbe über seinen Anteil an den Erbschaftssachen Geschäfte schließen, ja sogar — was freilich schon bestritten ist — ihn auch dinglich, unter der Bedingung, daß ihm bei der Auseinandersetzung der betreffende Gegenstand zufällt, z. B. mit einem Pfandrechte belasten. Aber solche Bedingung ist ja bei vielen dinglichen Verfügungen, z. B. der Auflassung unmöglich. Nur ausnahmsweise kann der Erbe in dieser Art verfahren und mit sofortiger dinglicher Wirkung können über einzelne Nachlaßgegenstände nur die Miterben *gemeinsam* verfügen (§ 2040 Abs. 1). (Dem preußischen Rechte entsprechend.[3])

---

[1]) Dafür gewährte wiederum das römische Recht den Vorteil einer sich sofort vollziehenden unsichtbaren Auseinandersetzung unter den Erben, ferner die Möglichkeit, jeden Forderungsanteil als Miterbe einzutreiben, ohne dabei von den andern vielleicht abwesenden Erben abzuhängen (s. S. 57), endlich den Schutz des einzelnen Erben, der mit den andern geteilt hat, ohne eine unbekannte Forderung zu berücksichtigen, dagegen, daß der Gläubiger ihn allein in Anspruch nimmt, ohne daß er vielleicht tatsächlich in der Lage ist, seinen Rückgriff gegen die andern durchzuführen. Diese Vorzüge des römischen Rechts hat das B.G.B., wie der folgende Text ergibt, allerdings wenigstens zum Teile mit dem von ihm angenommenen germanistischen Grundsatze zu vereinigen gewußt.

[2]) Es entspricht dies auch überhaupt der Politik, die das B.G.B. allen Gemeinschaften gegenüber verfolgt: Schutz der Gesamtwirtschaft gegen die Schicksale der Einzelnen, s. oben Bd. II S. 557 ff.

[3]) § 151 A.L.R. I, 17.

Das hier zu Grunde liegende Prinzip, daß nicht aus der Person eines Einzelnen über ein Nachlaßobjekt verfügt werden könne, wird weiter ausgeführt in Absatz 2: Auch Aufrechnung ist gegen eine Nachforderung nicht gestattet, mit Gegenforderungen an einen Miterben, ebenfalls damit nicht aus der Person eines einzelnen über einen Nachlaßgegenstand, d. h. die Nachlaßforderung verfügt werden könne.

Ebenso schließt § 859 Abs. 2 C.P.O. die Pfändung des Miterbenanteils an den einzelnen Nachlaßgegenständen aus.

Diese Teilrechte, die der Miterbe an den Nachlaßgegenständen hat, sind auch nicht einmal von seinen Gläubigern verfolgbar.

Demgemäß sind auch zur Verwaltung des Nachlasses die Miterben nur gemeinsam befugt (§ 2038). Damit indessen nicht ein Miterbe durch sein eigensinniges Veto die Verwaltung lahm legen könne, ist hinzugefügt, daß jeder Miterbe verpflichtet ist, zu Maßregeln der ordentlichen Verwaltung mitzuwirken, ja noch mehr, daß die zur Erhaltung notwendigen Maßregeln sogar von einem Miterben allein getroffen werden können.

Außerdem gelten nach § 2038 Abs. 2 gewisse Regeln, die für die Gemeinschaft überhaupt aufgestellt sind (§§ 743—748) auch hier; namentlich § 743, das Recht des Miterben auch Anteil an den Früchten (doch ist die Teilung nach § 2038 bis zur Auseinandersetzung aufgeschoben), ferner § 745, die Vorschrift, daß Stimmenmehrheit über die ordnungsmäßige Verwaltung entscheidet. Hierdurch ist im Gegensatze zum preußischen Rechte immerhin eine gewisse Selbständigkeit des einzelnen Erben erzielt worden.

Eine weitere Konsequenz aus der Gemeinschaftlichkeit des Erbvermögens zieht § 2039 dahin, daß der Schuldner einer Nachlaßforderung nur an alle Miterben zusammen leisten kann. Damit nicht durch die Weigerung eines Miterben, die Leistungen in Empfang zu nehmen, die Übrigen geschädigt werden, ist mildernd hinzugefügt, daß jeder einzelne Miterbe vom Schuldner Leistung an Alle fordern kann, ja auch Hinterlegung für Alle und wenn die Hinterlegung nicht angeht, Ablieferung an einen gerichtlich zu bestellenden Verwalter.

Endlich gilt auch für das gemeinschaftliche Nachlaßvermögen nach § 2041 das Surrogationsprinzip.

So sind die Gesamtrechte und die Sonderrechte möglichst mit einander versöhnt und die aus der Gebundenheit der Miterben entspringende Hilfslosigkeit des einzelnen gemildert.

Trotzdem ist es dem einzelnen Miterben nicht verwehrt, sein Anteilsrecht am Ganzen vor der Auseinandersetzung zu veräußern und verwerten (z. B. wenn er schnell Gelder flüssig machen muß).

Darum — was sich unmittelbar daran reiht — können auch seine Gläubiger den Zugriff auf den Anteil am Ganzen nehmen. Gerade in dieser Möglichkeit liegt der Hauptwert des römischen Systems das jeden Miterben von vornherein möglichst auf eigenen Füßen stellt, die nomina für ipso iure divisa erklärt und auch bei dinglichen Rechten jedem die Verfügung über seine pars indivisa gestattete, so daß der Miterbe mit unglaublicher Leichtigkeit seine Erbschaftsaktiva versilbern, der Gläubiger seinen Anteil sogar an den einzelnen Stücken pfänden kann. Darum gewährte ja sogar das preußische Recht den Miterben dieses Recht auf Veräußerung des Anteils am Ganzen (§§ 4, 115 I 17) und die Praxis nahm darüber hinaus bekanntlich auch eine Pfändbarkeit zwar nicht des Miterbrechts, aber doch des Forderungsrechts auf Auseinandersetzung an (Eccius IV § 271 Anm. 17), das schließlich doch dem Anteil des einzelnen Miterben am Ganzen gleichkommt. Diese Verfügungsbefugnis ist im B.G.B. nicht preisgegeben.

Zwar bei anderen Gemeinschaften zur gesamten Hand ist in der Tat jene Veräußerungsbefugnis ausgeschlossen, so bei der Gesellschaft (§ 719) und bei der allgemeinen Gütergemeinschaft (§§ 1442, 1471). Allein bei diesen Verhältnissen ist das gerechtfertigt, weil sie durch freien Willen begründet und auf die Dauer angelegt sind. Dagegen bei der Miterbengemeinschaft, in die man ohne seinen Willen gerät, würde solcher Ausschluß jeder Verfügungsbefugnis dem einzelnen Miterben jede Verfilberung seines Anteils leicht auf unbestimmte Zeit ganz verwerfen. Er könnte, wie einst in Preußen, als Miterbe Millionär sein[1]) und dabei verhungern. Deswegen ist das B.G.B. ebenso wie das preußische Recht von dem Grundsatze der gesamten Hand abgewichen und darf nach § 2033 der Miterbe über seinen Anteil am Nachlasse verfügen; nur ist gerichtliche oder notarielle Beurkundung erforderlich. Er kann also nicht bloß obligatorisch die Abtretung seines Anteils versprechen, sondern sein Miterbenrecht selbst übertragen durch Verkauf (§ 2371), Schenkung, auch wohl Verpfändung. Denn da nach § 1274 die Bestellung des Pfandrechts an einem Rechte nach den für die Übertragung dieses Rechts geltenden Vorschriften er-

[1]) Das Vorbereitungsheft führt für die bevorzugte Lage des Alleinerben gegenüber dem Miterben das Dichterwort an: „Der Starke ist am mächtigsten allein".

folgt, der Miterbe aber seinen Anteil in gerichtlicher oder notarieller Form übertragen kann, so kann er in dieser Form auch ein Pfandrecht daran bestellen. Die Verpfändbarkeit geht über das preußische Recht hinaus, das sie wegen Unmöglichkeit der Besitzübertragung verneint. Insofern also erzielt das B.G.B. in der Freiheit der Miterben einen Fortschritt. Entsprechend gestaltet § 859 Abs. 2 C.P.O. auch die Pfändung des Anteils eines Miterben am Nachlaß.

Mit dieser immerhin ziemlich weitgreifenden Verfügungsbefugnis des Miterben scheint freilich die Gefahr heraufbeschworen, daß ein Miterbe durch Veräußerung seines Anteils einen fremden, den übrigen höchst unbequemen Teilhaber an seine Stelle setzt. Dem beugt einigermaßen ein Vorkaufsrecht vor, das ebenso wie im preußischen Recht den übrigen Miterben nach §§ 2034—37 zusteht. Dieses Vorkaufsrecht ist nach § 2035 auch gegen den dritten Käufer wirksam, wenn auch der Anteil schon übertragen ist. Die Miterben können also kraft ihres Näherrechtes den Käufer aus dem Anteil verdrängen und diesen wieder in ihre engere Gemeinschaft zurückziehen.

Aber eine andere Frage schließt sich sofort an. Wenn der Teilerbe seinen Anteil durch gerichtlichen oder notariellen Vertrag veräußern kann mit der Wirkung, daß sein Miterbenrecht übergeht, so kann dies doch wohl der Alleinerbe ebenfalls oder erst recht. Aber nach der Vorschrift des B.G.B. ist diese Frage zu verneinen. Bei dem Alleinerben würde eine Übertragung des Erbrechts durch bloßen Vertrag doch in sich schließen, daß auch die Rechte an allen einzelnen Nachlaßgegenständen ohne weiteres auf den Erwerber übergingen, also Eigentum ohne Auflassung, bezw. Übergabe, Forderungen ohne Cessionserklärung. Das würde aber zu weit gehen. Dagegen tritt beim Miterben diese Konsequenz nicht ein, weil er durch Veräußerung seines Anteils noch nicht zugleich über die einzelnen Nachlaßgegenstände verfügt (sondern nur über die Erbenmitgliedschaft in ihrer Totalität), darum ist auf seiner Seite eine Auflassung, Übergabe u. s. w. nicht in Frage, ja nicht einmal möglich, während der Alleinerbe zur Veräußerung sie allerdings vollziehen muß. Strohal[1]) nennt dies einen offenbaren Widerspruch. Küntzel (S. 828) sagt darauf, es liege bloß ein kleiner[2]) Schönheitsfehler vor, den die Kommission mit vollem Bewußtsein hat passieren lassen. In der Tat bedeutet nur diese kleine Disharmonie, daß der Alleinerbe, weil seine Verfügung sich weiter erstreckt, als die des Miterben, nämlich

[1]) Vgl. jetzt 2. Aufl. S. 343, auch Wendt, Archiv f. d. civ. Pr. Bd. 89, S. 420 ff.

[2]) M. E. ein recht erheblicher, namentlich wenn alle Miterben ohne Anteile demselben Erwerber veräußern.

auch auf die einzelnen Nachlaßgegenstände, auch einen weitläufigeren modus transferendi et acquirendi beobachten muß als der Teilerbe, der eben nur seine Mitgliedschaft veräußert.

Darnach kann freilich ein dritter, der von zwei, je zu $^1/_2$ berufenen Miterben, je die Hälfte des Nachlasses kauft, durch Vertrag ohne Auflassung u. s. w. Eigentümer eines Nachlaßgrundstückes werden (weil sich in seiner Person sukzessiv die beiden Hälften vereinigen). Dagegen der Dritte, der vom Alleinerben die Erbschaft kauft, muß zur Erreichung des gleichen Zieles Auflassung u. s. w. vornehmen. Das ist theoretisch nicht elegant, aber praktisch (wie Künzel mit Recht sagt) unschädlich.[1])

Das Miterbenverhältnis gestaltet sich nun um durch Auseinandersetzung. Nach röm. Recht war eine solche freilich nur dann nötig, wenn nicht schon ipso iure die Teilung durchgeführt war. Jeder Miterbe konnte sie fordern. Der Weg dazu war entweder die actio familiae herciscundae (Dig. X, 2) oder der Vertrag der Miterben; die Art der Auseinandersetzung in iudicio bestimmte der Richter nach freiem Ermessen. Der Richter konnte:

1. die Sache reell teilen und jedem ein Stück adjuzieren; oder
2. an der ungeteilten Sache auf einen die Anteile der übrigen übertragen (adiudicatio) und dafür diesen zur Abfindung der übrigen verteilen (condemnatio); oder
3. Versteigerung, sei es unter den Miterben, sei es an Dritte (extranei), anordnen.

Stets hatte das Urteil konstitutive Kraft!

Dieselben Auseinandersetzungsformen kann auch die Partei vereinbaren. Ausführung: Tradition und Zession. Immer lag hier Art. Tausch oder Kauf vor, ein derivativer Erwerb für den, welcher Anteile eines andern erhielt als Rechtsnachfolger dieses letzteren. Eviktion galt hier, wie beim Verkauf.

Das B.G.B. kennt statt des iudicium familiae herciscundae ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Nach seinen Vorschriften muß die Auseinandersetzung ebenso wie nach preußischem Recht stets stattfinden. Nach dem Entwurf I brauchte sie nicht notwendig einzutreten gleich dem röm. Recht, wo sie namentlich

[1]) Ein Grund, der allenfalls für das B.G.B. spricht, ist, daß die Befreiung der Miterben von den gesetzlichen Veräußerungsformen nur ein notwendiges Übel ist, um ihnen am Anteile und nicht an den einzelnen Stücken ein Verfügungsrecht zuzuwenden. Bei dem Alleinerben aber lag kein Bedürfnis zur Annahme dieses Übels vor.

dann erforderlich war, wenn der Nachlaß nicht bloß aus Forderungen bestand, die eben schon ipso iure divisa waren.

Jeder Miterbe kann die Auseinandersetzung fordern (§ 2042), und zwar jederzeit, jedoch mit Ausnahme von drei Fällen, in denen das Recht auf Auseinandersetzung hinausgeschoben ist:

1. Wenn die Geburt eines Miterben oder die Entscheidung über eine Legitimation, Adoption oder Genehmigung einer letztwillig errichteten Stiftung noch aussteht, bis zur Hebung der Unbestimmtheit über die Erbteile (§ 2043).

2. Wenn der Erblasser die Auseinandersetzung in Bezug auf den ganzen Nachlaß oder einzelne Stücke letztwillig hinausschiebt oder von Einhaltung einer Kündigungsfrist abhängig macht, jedoch nicht ad calendas Graecas, sondern bis zum Ablauf von längstens 30 Jahren (§ 2044 Abs. 1), ferner nach derselben Bestimmung, die mehrere Paragraphen aus der Gemeinschaftslehre anführt, wenn die Auseinandersetzung vertragsmäßig ausgeschlossen oder von Einhaltung einer Kündigungsfrist abhängig gemacht worden ist, jedoch nur bis zum Eintritt eines wichtigen Grundes (§ 749 Abs. 2).[1]) Die gleiche Wirkung hat der Eintritt eines wichtigen Grundes, wenn der Erblasser die Auseinandersetzung letztwillig verboten hat.

3. Wenn das Aufgebot der Nachlaßgläubiger schwebt, bis zur Beendigung dieses Verfahrens, oder wenn ein Miterbe die Nachlaßgläubiger öffentlich zur Meldung nach § 2061 aufgefordert hatte, bis zum Ablauf der Anmeldefrist.

Der Weg der Auseinandersetzung ist auch nach neuem Recht ein gerichtliches Verfahren (F.G.G. §§ 86—98). Für die Art und Weise der Auseinandersetzung gibt das B.G.B. genauere Regeln, als das röm. Recht, und zwar im ganzen dieselben wie bei der Gemeinschaft überhaupt (§ 2042 Abs. 2, §§ 749—758).

Nach § 2046 ist die erste Aufgabe, die Nachlaßverbindlichkeiten aus dem Nachlaß zu berichtigen, oder, wenn sie noch nicht fällig sind, sicher zu stellen. Dazu ist der Nachlaß, soweit nötig, in Geld umzusetzen (§ 2046 Abs. 3). Wenn eine Nachlaßverbindlichkeit nur einem Miterben obliegt (z. B. ein Vermächtnis), so ist die Berichtigung aus dessen Anteil zu bewirken (§ 2046 Abs. 2).

Auf Erfüllung dieser Schuldentilgungspflicht wirken die Vorschriften über die Haftung der Miterben für Nachlaßschulden nach der

[1]) Ist das Aufhebungsrecht nur auf Zeit ausgeschlossen, so gilt dies nur bis zum Tode. § 750 (Vorbereitungsheft).

Auseinandersetzung, indem sie die Miterben antreiben, die Auseinandersetzung nicht eher zu bewirken, bevor die Nachlaßschulden berichtigt sind. Nach Bezahlung der Schulden ist der Überschuß zu teilen nach Verhältnis der Erbquoten (§ 2047).

Nach § 2048 sind Anordnungen, die der Erblasser über die Auseinandersetzung letztwillig getroffen hat, verbindlich, auch wenn sie dahin gehen, daß das billige Ermessen eines Dritten entscheiden soll, der dann gewissermaßen als Teilungsrichter auftritt.

§ 2049 ist auf Verlangen der Agrarier hinzugefügt worden: Wenn ein Miterbe berechtigt sein soll, ein Landgut zu übernehmen, so soll *im Zweifel* nur der Ertragswert zu Grunde gelegt werden, nicht der Kaufswert, ebenso auch beim Pflichtteil (§ 2312).

Indessen enthält glücklicherweise § 2049 doch nur eine Auslegungsregel, die bloß „im Zweifel" gelten will. Wenn also z. B. der Ertragswert eines Ritterguts 100 000 M. ist, aber die Hypothekenschulden 120 000 M. betragen, wird man wohl sagen müssen, daß die Regel des § 2312 keine Anwendung findet; sonst bekäme der bedrohte Miterbe außer dem Gut noch 20 000 M. heraus, wenn er das Landgut mit den Hypothekenschulden übernimmt. In solchem Falle ist die Auslegungsregel m. E. unanwendbar. Übrigens behält Art. 137 E.G. den Landesgesetzen weitere Vorschriften über die Feststellung des Ertragswertes vor.[1])

Strohal[2]) rügt noch, daß im Falle der Eviktion einer einem Miterben zugeteilten Sache nach § 2042 und § 757 jeder der übrigen Miterben nach seiner Erbquote Gewähr zu leisten hat, d. h. wie ein Verkäufer auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung haftet und somit, wie im römischen Recht, dem bei der Eviktion unterlegenen Adjudikaten das ersetzen muß, was dieser ohne die Eviktion haben würde. Strohal meint, das könne außerordentlich hart werden, wenn die evinzierte Sache inzwischen im Werte gestiegen sei und womöglich die den andern Erben verbliebenen Sachen im Werte gefallen seien.[3]) Das muß man freilich unbedenklich zugeben. Aber ein solches einzelnes Beispiel mit Wertverschiebungen auf beiden Seiten beweist nicht, daß der Satz überhaupt unbillig ist. Er gilt ja auch im gemeinen Recht, obwohl Strohal das bestreitet, im preußischen und im französischen Recht, ohne daß man von schlimmen Ergebnissen gehört hätte.

[1]) Über diese vgl. Fischer-Henle zu Art. 137.

[2]) 2. Aufl. § 65 S. 363 ff.

[3]) Derartige Dinge können bei jedem Tauschgeschäfte eintreten, ohne daß man deshalb die Eviktionshaftung bei dem Tausche zu beschränken geneigt sein wird.

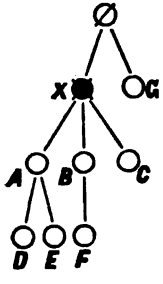
10. Ausgleichungspflicht. (§§ 2050—2057.)[1]

§ 13.

Die Grundlage der reichsrechtlichen Regelung bildet nicht das gemeine, sondern das preußische Recht (von dem nur in einem Punkte abgewichen ist.)

Daher ist die Grundidee keine andere als die Wiederherstellung der Gleichheit unter mehreren Abkömmlingen, deren einer eine Zuwendung gewisser Art vom Erblasser vorausempfangen hat, während es doch nicht dessen Absicht war, den Empfänger vor den andern Abkömmlingen endgültig zu bevorzugen. Gewisse Zuwendungen werden auf den künftigen Erbteil gleichsam als Abschlagszahlungen vorausgegeben, Abschagszahlungen, die der Erblasser lieber mit warmer Hand hat geben wollen, als mit kalter. Daher müssen die so bedachten Abkömmlinge sie den miterbenden Abkömmlingen zur Ausgleichung bringen oder kürzer konferieren; und zwar grundsätzlich als gesetzliche Erben § 2050 Abs. 1, aber nach § 2052 als eingesetzte Erben im Zweifel dann, wenn ihre Erbteile lediglich die gesetzlichen sind oder doch zu einander sich so verhalten, wie die gesetzlichen.[2] Die Fassung des § 2052 begreift aber nicht bloß die testamentarische „Einsetzung", sondern auch beim Erbvertrag wird der zum Erben Berufene als „eingesetzt" bezeichnet, sodaß auch im Falle eines Erb-Vertrages eine Kollation möglich ist.

Beispiele zu §§ 2050—2053.[3]



1. A B C sind je zu 1/3 gesetzliche Erben des X oder je 1/3 als Erben von X eingesetzt. Im ersteren Falle sind alle drei gegen einander ausgleichungspflichtig, jedoch nicht, wenn etwa A zu 1/2, B und C je zu 1/4 eingesetzt sind, § 2052.

2. A B C und G sind je zu 1/4 als Erben von X eingesetzt. Auch hier sind A B C und im Zweifel gegeneinander ausgleichungspflichtig, jedoch nicht, wenn etwa A zu 3/8, B zu 1/4, C zu 1/4, G zu 1/8 eingesetzt sind.

---

[1] Vgl. Strohal, das deutsche Erbrecht § 13 S. 61 ff. Magnus, Die Ausgleichungspflicht nach dem B.G.B. Breslau 1901. Neuere Literatur bei Landsberg, Das R. des B.G.B. II S. 1186.

[2] Nur in diesem Falle nimmt das B.G.B. den Wunsch des Testators an, die Ausgleichungsgrundsätze schweigend aufrecht zu erhalten.. Wo er dagegen selbst ungleich teilt, da vermutet es einen Ausgleichungswillen in seiner Seele nicht.

[3] Vgl. zu diesen Beispielen und den folgenden Strohal 3. Aufl. S. 61 ff., Küntzel, Gruchots Beiträge Bd. 41 S. 615 ff., 808 ff., 453 Anm. 1 Nr. 2.

Immer aber ist diese Kollationspflicht doch nur dispositives Recht und wir werden daraus Folgerungen ziehen, die im B.G.B. nicht ausgesprochen sind und die Befugnis des Erblassers betreffen, Abänderungen zu bestimmen.

Gegenstände der Ausgleichungspflicht (conferenda) sind:

a) die Ausstattung (§ 2050 Abs. 1). Der Begriff ist im § 1624 bestimmt als dasjenige, was einem Kinde mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbständigen Lebensstellung zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung von dem Vater oder der Mutter zugewendet wird. Die Ausstattung ist also eine kapitalistische Zuwendung, die vom Empfänger nicht konsumiert, sondern als Grundlage seiner selbständigen Wirtschaftsführung verwendet werden soll. Dieselbe ist schlechthin zu konferieren, ausgenommen, wenn der Erblasser bei der Zuwendung ein anderes angeordnet hat. Allein nicht bloß bei der Zuwendung kann er ein anderes anordnen, sondern auch letztwillig kann er die Kollationspflicht erlassen, aber nur soweit dadurch nicht ein Pflichtteilsrecht anderer gekränkt wird. Darauf wird beim Pflichtteilsrechte zurückzukommen sein. (§ 2316 Abs. 3.)

b) Zuschüsse, die zu dem Zwecke gegeben worden sind, als Einkünfte verwendet zu werden, sowie Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Berufe (außerkapitalistische Zuwendungen). Doch ist für diese nicht schlechtweg eine Kollationspflicht statuiert; sie sind bloß insoweit der Ausgleichung unterworfen, als sie über das Maß hinausgingen, das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprach. Auffallend ist, daß die Klausel am Ende des ersten Absatzes: „soweit nicht der Erblasser bei der Zuwendung ein anderes angeordnet hat" in Absatz 2 nicht wiederkehrt. Daß der Erblasser für die Zuschüsse zu den Einkünften und die Aufwendungen zur Ausbildung eines Sohnes die Kollationspflicht nicht sollte erlassen können, wäre erstaunlich. Die Erklärung für die fehlende Wiederholung der Klausel ergibt sich indessen aus der Redaktionsgeschichte. In einem Antrage zum Entwurf II waren nämlich die jetzigen Absätze 1 und 2 nicht von einander getrennt, sondern letzterer bildete den zweiten Satz des ersteren. Danach war die Schlußklausel des ersten Satzes mit auf die im zweiten Satz enthaltenen außerkapitalistischen Zuwendungen zu übertragen. Die Redaktionskommission fand es aber stilistisch schöner, aus dem zweiten Satz einen eigenen Absatz zu machen, vergaß jedoch dabei die Schlußklausel des ersten Satzes zu wiederholen.[1])

[1]) Protokolle Bd. 5 S. 889.

Es erscheint somit gerechtfertigt, den Absatz 2 dahin einzuengen, daß die Kollationspflicht auch bei den außerkapitalistischen Zuwendungen entfällt, wenn der Erblasser bei der Zuwendung ein anderes angeordnet hat.

Vorgemerkt sei, daß diese stilistische Verbesserung der Redaktionskommission noch eine andere unangenehme Streitfrage nach sich gezogen hat. Der bereits erwähnte § 2316 Abs. 3 aus dem Pflichtteilsrechte bestimmt: „Eine Zuwendung der im § 2050 Abs. 1 bezeichneten Art kann der Erblasser nicht zum Nachteil eines Pflichtteilsberechtigten von der Berücksichtigung ausschließen". Diese Vorschrift bestand schon, bevor die jetzigen Absätze 1 und 2 getrennt waren, nahm also beide in Bezug. Durch die nachträgliche Auseinanderreißung wurde aber die Verweisung zu eng. Es besteht daher ein Streit darüber, ob die Verweisung, die nur auf Abs. 1 lautet, auch auf den jetzigen Abs. 2 ausgedehnt werden dürfe. Diese Frage wird zu bejahen sein, kann aber hier nicht ex professo behandelt werden.[1])

c) Andere Zuwendungen unter Lebenden sind nur dann zur Ausgleichung zu bringen, wenn umgekehrt die Ausgleichung vorbedungen war (§ 2050 Abs. 3).

Über diese Vorausempfänge muß der Ausgleichungspflichtige den Miterben Auskunft erteilen und eventuell den Offenbarungseid leisten (§ 2057) (z. B. wenn das jüngste von mehreren miterbenden Geschwistern bei der Heirat der ältesten Schwester ein Kind war und daher bei der Erbteilung über deren Ausstattung nichts weiß). Die Hauptfrage, inwiefern ein Abkömmling auch solche Zuwendungen konferieren müsse, die nicht ihm, aber doch einem Mitgliede seines Stammes gemacht sind, entscheidet das B.G.B. übereinstimmend mit dem preußischen Rechte. Zunächst müssen Enkel, die an Stelle ihres parens erben, den Vorausempfang ihres parens konferieren, auch wenn sie den parens nicht beerbt haben. Es ist eben die Idee der Stammeinheit maßgebend: Die Zuwendung ist an den Stamm gefallen, und deshalb muß der Enkel sie sich anrechnen lassen, auch wenn er keinerlei Bereicherung daraus gezogen hat. Zugleich beruht jene Bestimmung auf dem Gedanken, daß ja andernfalls ein (schlauer) parens, der Zuwendungen erhalten hat, durch Ausschlagung seines väterlichen Erbteils, seinen Stamm die unverkürzte Erbportion verschaffen könnte.

[1]) Die Streitfrage ist ein Anwendungsfall der ganz allgemeinen Erörterung über die Befugnis, unzweideutige Worte in Gesetzen oder Willenserklärungen aus den Vorverhandlungen zu berichtigen.

Freilich kann jetzt ein parens, der eine hohe Ausstattung vergeudet hat, dadurch seine Kinder um ihr Großelternerbteil bringen. Indessen, das hat man eben in den Kauf nehmen wollen.

Beispiel[1]): A. ist nach Empfang einer Ausstattung von X. weggefallen, sei es vor, sei es nach dem Erbfall, und an seiner Stelle sind D. und E. neben B. und C. gesetzliche Erben des X. geworden. Hier sind D. und E. wegen der Ausstattung des A., auch wenn sie diesen nicht beerbt haben, gegenüber B. und C. ausgleichungspflichtig nach § 2051 Abs. 1.

Aber das B.G.B. geht in Übereinstimmung mit dem preußischen Recht noch einen Schritt weiter, wie eine genaue Auslegung von § 2051 Abs. 1 ergibt. Auch, wenn an die Stelle eines Abkömmlings nicht dessen Abkömmling als Subdeszendent tritt, sondern ein anderer Stammgenosse, z. B. der Bruder des weggefallenen Abkömmlings, muß er den Vorempfang des Weggefallenen konferieren, übereinstimmend mit A.L.R. II. 2, § 364. Ratio legis ist hier wieder die Stammeseinheit.

Beispiel (oben S. 62): Auch wenn nach dem Tode des A. der D. eine Ausstattung von X. erhalten hat, dann aber, sei es vor, sei es nach dem Erbfalle, weggefallen und an seiner Stelle E. neben B. und C. gesetzlicher Erbe des X. geworden ist, so ist E., mag er den D. beerbt haben oder nicht, wegen der Ausstattung des D. gegenüber B. und C. ausgleichungspflichtig nach § 2051 Abs. 1. (Strohal vermißt die Rechtfertigung für diesen Übergang der Ausgleichungspflicht auf E., wenn D. schon vor dem Erbfall weggefallen ist. Aber sie liegt in der Einheit des Erbstamms, als dessen Mitglied D. die Ausstattung erhalten hat. Dazu kommt, daß durch den Wegfall des D. zugleich der eventuelle Erbteil des E. erhöht worden ist, und daß regelmäßig E. auch Erbe seines Bruders D. geworden sein wird.)

Die getroffene Entscheidung ergibt sich aus den Worten: „so ist wegen der ihm gemachten Zuwendungen *der an seine Stelle tretende Abkömmling* zur Ausgleichung verpflichtet", nicht „*sein*", sondern „*der* an seine Stelle tretende Abkömmling": d. h. nicht der Abkömmling des Weggefallenen, sondern derjenige des Erblassers als des Stammhauptes, der nicht notwendig auch zu den *Weggefallenen* im Verhältnis eines Abkömmlings zu stehen braucht, sondern auch dessen Seitenverwandter, z. B. sein Bruder sein kann.

---

[1]) Vgl. hierzu und zu den folgenden Beispielen die Abbildung auf S. 62.

Endlich tut das B.G.B. den letzten Schritt im § 2051 Abs. 2: Wenn der Erblasser für den wegfallenden Abkömmling einen Ersatzerben (Substituten) eingesetzt hat, soll auch dieser Substitut im Zweifel nicht mehr erhalten, als der Abkömmling unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht erhalten haben würde.

Beispiel (oben S. 62): C. hat eine Ausstattung von X. empfangen und ist dann weggefallen. Für ihn hatte X. den G. als Ersatzerben eingesetzt, neben welchem A. und B., sei es gesetzliche, sei es Testamentserben sind. Hier hat G. im Zweifel nicht mehr zu erhalten, als C. unter Berücksichtigung seiner Ausgleichungspflicht erhalten hätte (§ 2051 Abs. 2).

Grund der Bestimmung ist, daß es bei der Berufung der Ersatzerben wohl die Absicht des Erblassers war, nur die Portion des Weggefallenen weiter zu geben.

Alle diese Sätze sind Konsequenzen aus der Stammeinheit. Dagegen ist sie nicht soweit durchgeführt, daß ein entfernterer Abkömmling auch das zu konferieren hätte, was er *vor* dem *Wegfall* seines parens, durch den er mit dem Erblasser verbunden ist, vorausempfangen hat, erst recht nicht ein Kind, das was *sein* Kind vom Großvater empfangen. Eine solche Folgerung wird in § 2053 Abs. 1 ausgeschlossen. Hierfür entscheidet der Gedanke, daß wenn z. B. der Großvater seinen Enkeln eine Zuwendung macht, während deren Vater noch lebt, dieselbe nicht als Abschlagszahlung auf ihr künftiges Erbteil gemeint sein kann, weil sie ja voraussichtlich gar nicht seine Erben werden. Ein gleiches gilt auch im preußischen Recht (§ 363 II 2).

Beispiel (oben S. 62): A. ist, nach dem D. und E. Ausstattungen von X. erhalten hatten, weggefallen; D. E. B. C. sind gesetzliche Erben des X. Hier sind D. und E. wegen ihrer Ausstattungen *nicht* ausgleichungspflichtig, wenn nicht der Erblasser bei der Zuwendung anders bestimmt hatte (§ 2053 Abs. 1).

Ebensowenig hat der einem Abkömmling substituierte Abkömmling dasjenige zu konferieren, *was er selbst* voraus empfangen hatte; es war ihm eben nur die Portion des instituierten Abkömmlings durch Substition zugewendet worden.

Beispiel (oben S. 62): D. und E. haben Ausstattungen von X. erhalten. A. B. C. sind als Erben eingesetzt und an Stelle eines jeden als Ersatzerben seine Abkömmlinge; A. fällt weg und D. E. B. C. werden Erben. Auch hier sind D. und E. wegen ihrer Ausstattungen *nicht* aus-

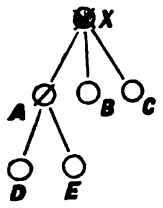
gleichungspflichtig, wenn nicht der Erblasser bei der Zuwendung anders bestimmt hatte (§ 2053 Abs. 1).

Wenn zugleich an Stelle des C. der G. als Ersatzerbe eingesetzt und nach dem Wegfall des C. an dessen Stelle Erbe geworden ist, so ist wegen einer vom Erblasser dem G. gemachten Zuwendung eine Ausgleichungspflicht des letzteren nicht erst durch § 2053 Abs. 1, sondern ohnehin dadurch ausgeschlossen, daß die Zuwendung keinem Abkömmling gemacht ist. (Ebenso, wie es scheint, Fischer-Henle zu § 2053 Anm. 2.)

Endlich ist auch derjenige nicht kollationspflichtig, der erst nach dem Vorausempfang in die Kindesstellung einrückt, z. B. ein uneheliches Kind, das vom Vater ausgestattet und dann legitimiert worden ist.

Beispiel (oben S. 62): C. ist als uneheliches Kind von X. ausgestattet und dann legitimiert worden (§§ 1719, 1736); A. B. C. sind Erben des X. Hier ist C. nicht ausgleichungspflichtig nach § 2053 Abs. 2.

Vollzogen wird die Ausgleichung nun nach § 2055 nicht wie im römischen Recht durch reale Einwerfung in den Nachlaß (Realkollation) sondern, wie im preußischen Recht, durch Anrechnung bei der Auseinandersetzung. Zunächst wird also zu dem Nachlaß, soweit die Abkömmlinge ihn unter einander zu teilen haben, der Wert der conferenda hinzugerechnet und dann jedem auf sein Teil sein Vorausempfang angerechnet (§ 2055).



Beispiel 1: Nachlaß 90 000. A. hat eine Ausstattung von 20 000 von X. voraus empfangen. Gesetzliche Erben des X. sind B. und C. je zu $^1/_3$, D. und E. zu je $^1/_6$.

Nach Hinzurechnung der von D. und E. zur Ausgleichung zu bringenden Ausstattung des A. zum Nachlasse sind zu verteilen 90 000 + 20 000 = 110 000. Davon entfallen auf die gesetzlichen Erbteile von B. und C. je $\frac{110\,000}{3}$ = 36 666$^2/_3$, von D. und E. je $\frac{110\,000}{6}$ = 18 333$^1/_3$, worauf jedem der beiden letzteren von der Ausstattung des A. $\frac{20\,000}{2}$ = 10 000 angerechnet werden, so daß ihm noch zukommen 8333$^1/_3$.

Endlich tut das B.G.B. den letzten Schritt im § 2051 Abs. 2: Wenn der Erblasser für den wegfallenden Abkömmling einen Ersatzerben (Substituten) eingesetzt hat, soll auch dieser Substitut im Zweifel nicht mehr erhalten, als der Abkömmling unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflicht erhalten haben würde.

Beispiel (oben S. 62): C. hat eine Ausstattung von X. empfangen und ist dann weggefallen. Für ihn hatte X. den G. als Ersatzerben eingesetzt, neben welchem A. und B., sei es gesetzliche, sei es Testamentserben sind. Hier hat G. im Zweifel nicht mehr zu erhalten, als C. unter Berücksichtigung seiner Ausgleichungspflicht erhalten hätte (§ 2051 Abs. 2).

Grund der Bestimmung ist, daß es bei der Berufung der Ersatzerben wohl die Absicht des Erblassers war, nur die Portion des Weggefallenen weiter zu geben.

Alle diese Sätze sind Konsequenzen aus der Stammeinheit. Dagegen ist sie nicht soweit durchgeführt, daß ein entfernterer Abkömmling auch das zu konferieren hätte, was er *vor* dem *Wegfall* seines parens, durch den er mit dem Erblasser verbunden ist, vorausempfangen hat, erst recht nicht ein Kind, das was *sein* Kind vom Großvater empfangen. Eine solche Folgerung wird in § 2053 Abs. 1 ausgeschlossen. Hierfür entscheidet der Gedanke, daß wenn z. B. der Großvater seinen Enkeln eine Zuwendung macht, während deren Vater noch lebt, dieselbe nicht als Abschlagszahlung auf ihr künftiges Erbteil gemeint sein kann, weil sie ja voraussichtlich gar nicht seine Erben werden. Ein gleiches gilt auch im preußischen Recht (§ 363 II 2).

Beispiel (oben S. 62): A. ist, nach dem D. und E. Ausstattungen von X. erhalten hatten, weggefallen; D. E. B. C. sind gesetzliche Erben des X. Hier sind D. und E. wegen ihrer Ausstattungen *nicht* ausgleichungspflichtig, wenn nicht der Erblasser bei der Zuwendung anders bestimmt hatte (§ 2053 Abs. 1).

Ebensowenig hat der einem Abkömmling substituierte Abkömmling dasjenige zu konferieren, *was er selbst* voraus empfangen hatte; es war ihm eben nur die Portion des instituierten Abkömmlings durch Substition zugewendet worden.

Beispiel (oben S. 62): D. und E. haben Ausstattungen von X. erhalten. A. B. C. sind als Erben eingesetzt und an Stelle eines jeden als Ersatzerben seine Abkömmlinge; A. fällt weg und D. E. B. C. werden Erben. Auch hier sind D. und E. wegen ihrer Ausstattungen *nicht* aus-

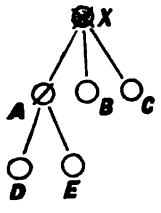
gleichungspflichtig, wenn nicht der Erblasser bei der Zuwendung anders bestimmt hatte (§ 2053 Abs. 1).

Wenn zugleich an Stelle des C. der G. als Ersatzerbe eingesetzt und nach dem Wegfall des C. an dessen Stelle Erbe geworden ist, so ist wegen einer vom Erblasser dem G. gemachten Zuwendung eine Ausgleichungspflicht des letzteren nicht erst durch § 2053 Abs. 1, sondern ohnehin dadurch ausgeschlossen, daß die Zuwendung keinem Abkömmling gemacht ist. (Ebenso, wie es scheint, Fischer-Henle zu § 2053 Anm. 2.)

Endlich ist auch derjenige nicht kollationspflichtig, der erst nach dem Vorausempfang in die Kindesstellung einrückt, z. B. ein uneheliches Kind, das vom Vater ausgestattet und dann legitimiert worden ist.

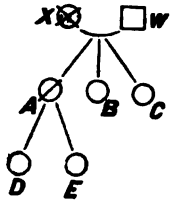
Beispiel (oben S. 62): C. ist als uneheliches Kind von X. ausgestattet und dann legitimiert worden (§§ 1719, 1736); A. B. C. sind Erben des X. Hier ist C. nicht ausgleichungspflichtig nach § 2053 Abs. 2.

Vollzogen wird die Ausgleichung nun nach § 2055 nicht wie im römischen Recht durch reale Einwerfung in den Nachlaß (Realkollation) sondern, wie im preußischen Recht, durch Anrechnung bei der Auseinandersetzung. Zunächst wird also zu dem Nachlaß, soweit die Abkömmlinge ihn unter einander zu teilen haben, der Wert der conferenda hinzugerechnet und dann jedem auf sein Teil sein Vorausempfang angerechnet (§ 2055).



Beispiel 1: Nachlaß 90 000. A. hat eine Ausstattung von 20 000 von X. voraus empfangen. Gesetzliche Erben des X. sind B. und C. je zu 1/3, D. und E. zu je 1/6.

Nach Hinzurechnung der von D. und E. zur Ausgleichung zu bringenden Ausstattung des A. zum Nachlasse sind zu verteilen 90 000 + 20 000 = 110 000. Davon entfallen auf die gesetzlichen Erbteile von B. und C. je $\frac{110\,000}{3}$ = 36 666 2/3, von D. und E. je $\frac{110\,000}{6}$ = 18 333 1/3, worauf jedem der beiden letzteren von der Ausstattung des A. $\frac{20\,000}{2}$ = 10 000 angerechnet werden, so daß ihm noch zukommen 8333 1/3.



Beispiel 2. Nachlaß 90 000. A. hat eine Ausstattung von 20 000 voraus empfangen. Gesetzliche Erben des X. sind W. B und C. je zu $^1/_4$, D. und E. je zu $^1/_8$. Nach Hinzurechnung der Ausstattung des A. zum Nachlasse sind zu verteilen $90\,000 + 20\,000 = 110\,000$. Davon erhalten als gesetzliche Erbteile

W $\dfrac{90\,000}{4} = 22\,500$

B $\dfrac{90\,000 - 22\,500 + 20\,000}{3} = 29\,166^2/_3$,

C $\dfrac{90\,000 - 22\,500 + 20\,000}{3} = 29\,166^2/_3$,

D $\dfrac{90\,000 - 22\,500 + 20\,000}{6} = 14\,583^1/_3$, wovon 10 000 durch Anrechnung,

E $\dfrac{90\,000 - 22\,500 + 20\,000}{6} = 14\,583^1/_3$, wovon 10 000 durch Anrechnung,

Summe 110 000.

Ebenso, wie im Beispiel 2, ist zu entscheiden (§ 2052), wenn B. C. D. E. zu denselben Bruchteilen erben, aber neben ihnen nicht die Ehefrau W. gesetzliche Miterbin, wohl aber ein Fremder kraft Testamentes Miterbe zu $^1/_4$ wird.

Das Resultat ist dasselbe, wie bei dem Ausgleichungsverfahren des A.L.R., das in § 303 II, 2 mit anderen Ausdrücken beschrieben wird. Nach diesem soll zunächst ein jeder der Kollationsberechtigten eben soviel aus dem Nachlasse vorwegnehmen, als der Kollationspflichtige voraus erhalten hat und der Rest unter den Miterben nach Verhältnis ihrer Erbquoten geteilt werden.

Die Ausdrücke des A.L.R. sind sogar anschaulicher, als die des B.G.B. Insbesondere kann der im letzteren gewählte Ausdruck „hinzurechnen" nicht als unbedenklich gelten und zu gar unbeabsichtigten Konsequenzen führen. Denn, was dem Nachlaß zugerechnet wird, müßte, streng genommen, einen Nachlaßbestandteil bilden, also nicht bloß in das Inventar aufgenommen, sondern auch versteuert werden, ja sogar den Erbschaftsgläubigern haften.

Allein diese Konsequenzen sind vom B.G.B. offenbar nicht gewollt und deshalb abzulehnen. Derartige Mißdeutungen waren bei der Ausdrucksweise des A.L.R. vermieden. Gleichwohl wurden die landrechtlichen Ausdrücke bei der Redaktion des Entwurfs I geändert, weil sie nur für eine bei der Auseinandersetzung zu bewirkende Ausgleichung passen und nach Entwurf I solche Auseinandersetzung nicht immer nötig war. Nun ist sie aber nach B.G.B. stets erforderlich, so daß der Grund jener Änderung weggefallen ist.

Eine Folge der Vollziehung der Kollation durch bloße Anrechnung ist, daß der Ausgleichungspflichtige niemals etwas herauszuzahlen hat, auch wenn sein conferendum mehr beträgt als ihm bei der Erbteilung zukommt (§ 2056).

Beispiel: Es erben zwei Töchter A. und B. Die Tochter A. hat 125 voraus empfangen. Teilungsmasse $75 + 125 = 200$, also für jede Tochter 100. Dennoch behält die A. 125, B. bekommt 75. Im römischen Recht würden A. und B. 100 erhalten.

Der Zeitpunkt, der über den Wert des conferendum entscheidet, ist im römischen Recht der des Erbfalls, weil dieses nur die Kollation der gegenwärtigen Bereicherung kannte. Im B.G.B. dagegen ist die Kollation des Empfangenen statuiert, mithin der Moment des Empfanges maßgebend (§ 2055 Abs. 2), das gleiche galt im preußischen Recht; diese Regelung ist auch wohl gerechter, denn der Erblasser hat dem Empfänger gleichsam eine Anzahlung auf den künftigen Erbteil geleistet; dieselbe muß also bei der Ausgleichung nach dem Wert zur Zeit ihrer Leistung berechnet werden.

Demnach kann auch die Empfangskollation unter Umständen fort wirken, wenn nämlich eine voraus empfangene Sache später im Wert gesunken ist. Insbesondere ist dies von Strohal gerügt worden.[1])

Ein Gutsbesitzer gibt z. B. einer Tochter bei der Heirat als Ausstattung die ideelle Hälfte seines Landguts, um darauf mit dem Schwiegersohn zu wirtschaften. Das Landgut sinkt hierauf im Wert um 50 %, und demnächst stirbt der Vater. Bei der Erbteilung mit den Miterben ist nun die zu konferierende ideelle Hälfte zum Wert zur Zeit der Heirat und die andere Hälfte, die den Nachlaß bildet, nach dem jetzigen, um 50 % geringeren Wert anzusetzen. In solchem

[1]) Vgl. Erbrecht 1. Aufl. S. 84 Anm. 7, Anders 3. Aufl. S. 71 Anm. 3. Entscheidend war wohl der Gedanke, daß ein Wertverlust ein Schicksalsschlag ist, der unter allen Umständen irgend jemanden trifft und dessen Härte deshalb natürlicherweise von dem zunächst Berührten ertragen werden muß. Nach römischer Auffassung übernahmen die Eltern im Zweifel solche Verluste ihrer Kinder.

Fall wirkt die Empfangskollation besonders schlimm, weil dieses Konferendum auch den Pflichtteil mindert (§ 2316).

Indessen der Empfänger hätte eben nach Möglichkeit die Sache nicht behalten sollen. Wollte man aber den Zeitpunkt des Erbfalls entscheiden lassen, so würde dies wieder andere unbillige Konsequenzen ergeben.

Endlich ist die Frage, ob die Kollationspflicht bloß bei der Auseinandersetzung oder auch außerhalb derselben geltend gemacht werden könne, nach dem Wortlaut des § 2050: „bei der Auseinandersetzung“ [1]) in ersterem Sinne zu entscheiden.

Das gleiche galt auch im preußischen Recht, welches den Ausdruck, daß der Kollationsberechtigte aus der Masse „vorwegnehmen“ könne, eben deshalb gewählt hat, um auszudrücken, daß nur bei der Teilung der Anspruch geltend zu machen sei. Nach B.G.B. muß eine Teilung ja stets stattfinden. Ist dabei die Ausgleichung versäumt, so läßt sie sich nicht nachholen. Denkbar ist höchstens ein Anspruch wegen Irrtums aus der ungerechtfertigten Bereicherung.

Wenn durch Wegfall eines gesetzlichen Erben der Erbteil eines andern sich erhöht und einer der Erbteile mit Ausgleichungsfrist beschwert ist, die seinen Wert übersteigt, so werden die beiden vereinigten Erbteile nicht als ein ganzes behandelt, so daß die Ausgleichungspflicht auf den andern Teil übergeht, sondern sie werden als getrennt behandelt (§ 1935). Das gleiche gilt, wenn durch Einsetzung mehrere zusammen auf einen Erbteil berufen sind und zufolge Wegfalls des einen Eingesetzten sein Teil dem andern anwächst (§ 2095).

11. Stellung der Miterben zu den Nachlaßgläubigern.

(§§ 2058—2063.)

§ 14.

Literatur: Wilke, Haftung der Erben (geht schnell über die Stellung der Miterben zu den Nachlaßgläubigern hinweg).

Wendt, Archiv f. civ. Praxis Bd. 86 S. 353 (behandelt das Thema ausführlich).[2])

[1]) Diese Worte waren im Entwurf I noch nicht enthalten, weil es nach diesem möglicherweise nicht zur Auseinandersetzung kam. Sie sind erst im Entwurf II eingeschoben worden, nachdem die Notwendigkeit der Auseinandersetzung daselbst statuiert worden war, als man die römische Art der Geteiltheit ipso iure verwarf (s. oben S. 55).

[2]) Vgl. auch noch Eccius in Gruchots Beiträgen, 6. Folge Bd. 3 (Bd. 43) S. 801 ff. Strohal, Erbrecht 2. Aufl. S. 512 ff. (sehr eingehend) und die oben S. 17 Anm. 1 Genannten.

Die Stellung der Miterben gegenüber den Nachlaßgläubigern ist vom B.G.B. nur in sechs Paragraphen behandelt, die an Undurchsichtigkeit und Schwierigkeit reichlich so viel, wie sechzig andere leisten, so daß es nötig sein wird, weiter auszuholen.

Im röm. Recht regelte sich das Verhältnis der Miterben zu den Nachlaßgläubigern sehr einfach durch den Grundsatz: nomina sunt ipso iure divisa. Diese Regelung war für die Miterben höchst bequem, für die Gläubiger freilich nicht; sie mußten aufpassen und sich bereiten, ihre Interessen wahrzunehmen.

Nach preußischem Recht bestand vor der Auseinandersetzung nur eine gemeinschaftliche Haftung; nach der Teilung aber konnte unter gewissen Voraussetzungen sogar Solidarhaftung der Miterben eintreten. Der Entwurf I folgte auch hier dem gemeinen Recht und ließ also die Nachlaßschulden unter mehrere Miterben sich ipso iure teilen. Indessen hat auf den dagegen erhobenen Einspruch schon der Entwurf II diese Regel fallen lassen. Die Denkschrift zur Reichstagsvorlage erklärte sodann, die gemeinschaftliche Haftung der Miterben nach preußischem Recht habe sich nicht bewährt und solle daher durch die Gesamtschuld schon vor der Teilung ersetzt werden.

Dementsprechend bestimmt dann auch das B.G.B. sogleich in dem an die Spitze gestellten § 2058 mit aller wünschenswerten Deutlichkeit, daß die Miterben für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner haften. Dabei soll zunächst das Wort „gemeinschaftliche" Verbindlichkeiten diejenigen Nachlaßverbindlichkeiten ausschließen, welche nicht allen Miterben, sondern nur einzelnen obliegen, wie dies bei Vermächtnissen und Auflagen zutreffen kann, wenn nur ein Erbe mit ihnen belastet ist. Von diesen abgesehen, sollen nun die wirklich gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten nicht bloß gemeinschaftlich in dem Sinne sein, wie es die Erbschaftsrechte sind, d. h. alle Miterben zusammen angehen, sondern sie sollten jeden einzelnen Miterben als Gesamtschuldner haftbar machen. Durch diesen Satz wollte man die Miterben antreiben, schon vor der Teilung die Berichtigung der Nachlaßschulden zu bewirken. In der Tat klingt die mit der Gesamtschuld ihnen gemachte Androhung sehr streng. Denn nach dieser ganz allgemein lautenden Regel des § 2058 könnte jeder Nachlaßgläubiger nach seiner Wahl alle Miterben zusammen oder jeden einzelnen auf die ganze Leistung in Anspruch nehmen, mit andern Worten: jeder Miterbe würde darnach von vornherein so haften, als wäre er Alleinerbe und, soweit ihm nicht eine Beschränkung zur Seite stände, auch nicht bloß mit dem Nachlasse, sondern sogar mit seinem persönlichen

Vermögen. Allein der Jurist erkennt zu seiner Beruhigung bald, daß der § 2058 mehr einen Schreckschuß bildet als einen Treffer, daß seine gefährlichsten Spitzen demnächst abgebrochen werden; denn in der Tat wird die Regel des § 2058 durch so weitgehende Ausnahmen durchbrochen, daß sie praktisch nicht viel weiter greift, als das frühere preußische Recht. Das ergibt sich, wenn man das Stadium vor der Auseinandersetzung und das Stadium nach derselben nach einander näher betrachtet.

1. Vor der Auseinandersetzung kann jeder Nachlaßgläubiger

a) natürlich zunächst — wie nach preußischem Recht — gegen alle Miterben zusammen vorgehen. Das bestätigt zum Überfluß ausdrücklich § 2059 Abs. 2, und wenn er gegen alle Miterben[1]) ein vollstreckbares Urteil erzielt hat, kann er auch den Zugriff auf den (ungeteilten) Nachlaß und dessen einzelne Gegenstände nehmen (C.P.O. § 747).

Sodann kann weitergehend als nach preußischem Recht der Nachlaßgläubiger

b) auch gegen jeden einzelnen Miterben die volle Forderung einklagen und nach Verurteilung des einzelnen auch dessen Anteil am Nachlaß pfänden (C.P.O. § 859 Abs. 2). Das scheint hart; indessen wenn dann der Gläubiger aus dem Erbteil des einzelnen Befriedigung erzielt, kann ja der davon betroffene Miterbe von den übrigen bei der Teilung Ersatz verlangen.

Außerdem aber ergreift solche Pfändung des Erbteils die einzelnen Nachlaßgegenstände nicht, und der Erbteil als Ganzes ist natürlich ein schwer verwertbares Pfandobjekt. Darum wird eine Pfändung des Erbteils selten sein. Deshalb und auch weil der Nachlaß unzureichend sein kann, wird die Frage wichtig, ob

c) der Nachlaßgläubiger nicht auch das Privatvermögen eines verurteilten Miterben angreifen kann. Aber hier schiebt § 2059 Abs. 1 einen Riegel vor:

Bis zur Teilung kann nach Satz 1 der einzelne Miterbe die Bezahlung aus seinem eigenen Vermögen, das er außer seinem Anteile am Nachlasse hat, ganz verweigern, d. h. also, er kann den Gläubiger in der Zwangsvollstreckung durch Einreden auf den Anteil am Nachlaß verweisen. Ja sogar dann, wenn ein Miterbe für eine Nachlaßschuld unbeschränkt, d. h. über die (ihm zugefallenen)

[1]) Freilich, wenn eine Nachlaßverwaltung angeordnet ist, genügt das Urteil gegen den Nachlaßverwalter (Vorbereitungsheft).

Nachlaßmittel hinaus haftet, verliert er jenes Einrede- und Verweisungsrecht nicht etwa nach Satz 2 etwa völlig, sondern nur in Ansehung des Bruchteils der Schuld, der seinem Erbteil entspricht, also auf eine Nachlaßschuld von 1000 M. braucht selbst der unbeschränkt haftende Fünftelserbe nur 200 M. aus *seinem* Vermögen zu zahlen; für die übrigen 800 M. kann er wieder den Gläubiger auf den Anteil am Nachlaß verweisen. Hiernach versagt also die Gesamtschuld der Miterben vor der Teilung gerade in der Richtung auf das Privatvermögen (des einzelnen Miterben), wo sie besonders wichtig geworden wäre, weil das Privatvermögen leichter zugänglich und flüssig zu machen ist, als der Anteil an dem ungeteilten Nachlaß als Ganzem. Darum erteilt schließlich der schon zitierte § 2059 Abs. 2 dem Nachlaßgläubiger den Wink, daß er nur von den sämtlichen Miterben Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlaß verlangen möge. Das wird der Gläubiger wohl meist tun. Allein das kann er eben auch ohne Gesamtschuld, bei bloßer Gemeinschaftlichkeit! Einstweilen also liefert die Gesamtschuldenhaftung, die § 2058 statuiert hatte, für die Gläubiger keinen besonderen Gewinn.

Anders jedoch, und dem Gläubiger günstiger versteht Wendt (Arch. f. civ. Pr. Bd. 86 S. 428 ff.) den § 2059. Er meint: Wenn der einzelne Miterbe die Zahlung aus seinem *eigenen* Vermögen verweigern dürfte und doch seinen Anteil *am Nachlaß* einstweilen nicht flüssig machen könnte, weil er über keine einzelne Sache verfügen darf, so würde er ja vor der Teilung gar nicht zu zahlen brauchen. Das könne aber das Gesetz nicht gewollt haben, wenn es von Gesamtschuld sprach. Nach Wendt bedeuten somit die Worte des § 2059: „er kann Zahlung aus seinem eigenen Vermögen verweigern" nur so viel, daß der Miterbe bloß in derjenigen Werthöhe Zahlung (aus seinem Privatvermögen) verweigern kann, die durch seinen Anteil am Nachlaß nicht gedeckt ist, daß er dagegen, soweit der Anteil am Nachlaß Wert hat, auch schon aus seinem Privatvermögen zahlen muß. Wendt fügt hinzu, dazu werde es freilich nötig sein, den Wert seines Nachlaßanteils auszurechnen, bis zu dessen Höhe eben der Miterbe aus seinem Privatvermögen Zahlung vorschießen müsse. Diese benigna interpretatio sei jedoch unerläßlich.

Allein sie entspricht nicht den Worten des Gesetzes. Denn dieses bestimmt ausdrücklich, daß der Miterbe die Berichtigung aus dem Vermögen, das er außer seinem Anteil am Nachlasse hat, verweigern kann. Das ist aber etwas ganz anderes, als daß er aus seinem Vermögen zahlen und abwarten muß, ob ihm

schließlich bei der Teilung des Nachlasses ebensoviel zufällt. Außerdem ist Wendts Interpretation benigna zwar für den Gläubiger, aber ganz und gar nicht für den einzelnen Miterben, vielmehr gegen ihn asperrima. Denn sie würde dahin führen, daß der Miterbe, weil er eben seinen Nachlaßanteil nicht flüssig machen kann, einstweilen sein eigenes Vermögen angreifen oder sogar zusetzen müßte, um eine Nachlaßschuld zu bezahlen, und erst bei der Teilung wieder Ersatz zu erhalten. Er müßte aus der einen Tasche etwas herausnehmen in der Hoffnung, daß ihm später bei der Teilung des Nachlasses ebensoviel in die andere hineinfallen werde. Dies wollte das B.G.B. im § 2059 gerade vermeiden. Darum muß es trotz Wendt dabei verbleiben, daß der Nachlaßgläubiger von dem Miterben vor der Teilung auf dessen Nachlaßanteil verwiesen werden kann; vermag der Gläubiger ihn ebensowenig flüssig zu machen, wie der Miterbe selber es gekonnt hätte, dann muß der Gläubiger eben bis zur Teilung warten.[1])

2. Dagegen tritt mit der Teilung nach § 2060 die Gesamtschuld des § 2058 mehr hervor, wie sie ja auch nach preußischem Rechte nur von da ab eintreten konnte. Denn durch die Teilung ohne vorherige Berichtigung der Nachlaßschulden haben ja die Miterben den § 2046 verletzt, der ihnen diese Berichtigung zur Pflicht machte.[2]) Folglich haftet nun in der Tat jeder Miterbe für jede Nachlaßschuld, *zu ihrem vollen Betrage*,[3]) wie ein Alleinerbe. Also der Fünftelserbe für die ganze Nachlaßschuld von 1000 Mark. Womit, mit welchen Gegenständen er dabei haftet, ob beschränkt, d. h. mit dem, was ihm aus dem Nachlaß zugefallen ist, oder unbeschränkt, d. h. auch mit *eigenem* Vermögen, das bestimmt sich nach denselben Regeln, wie beim Alleinerben. Hat er z. B. trotz Aufforderung kein Inventar gemacht, dann haftet er auch mit eigenem Vermögen; hat er aber einen Grund der Beschränkung, dann nur nach Maßgabe desselben. So z. B. können, wenn die Überschuldung (des Nachlasses nach der Teilung) zu Tage tritt, die Miterben auch jetzt noch Nachlaßkonkurs beantragen (Konk.O. § 216).

Dann haftet der Miterbe dem Gläubiger, während der Konkurs schwebt, nur mit dem Anteil an der Masse (nicht auch mit dem eigenen

[1]) Vgl. hierzu auch Strohal 2. Aufl. § 88 S. 515 ff., namentlich über die prozessualen Behelfe des Miterben S. 516 ff.

[2]) Dies ist sehr hart, wenn die Miterben die Forderung nicht kannten, ein Teil von ihnen später unauffindbar ist und der allein auffindbare die ganze Last der Schuld auf seinen Anteil nehmen muß, der dadurch vielleicht völlig aufgezehrt wird.

[3]) Treffend bemerkt Strohal 2. Aufl. S. 520: „Die Strenge der mit der Teilung des Nachlasses zur Geltung kommenden gesamtschuldnerischen Haftung soll die Miterben von der Vornahme voreiliger Teilung zurückhalten".

Vermögen) oder wenn der Konkurs (mangels Masse) abgelehnt ist, nur mit der ihm aus der Erbschaft zugeflossenen Bereicherung (§ 1990). Nach dem Aufgebote haftet er den ausgeschlossenen Gläubigern nur mit dem Rest. Jedoch ist der Hauptweg zu einer Beschränkung der Haftung, der Antrag auf Nachlaßverwaltung, den Miterben nach § 2062 jetzt nach der Teilung verschlossen. Es kann also der Nachlaßgläubiger sich nun in der Tat den reichsten Miterben aussuchen und von ihm Befriedigung für die ganze Forderung verlangen. Das wird besonders fühlbar, wenn bei der Teilung einer (der Miterben) die Tilgung einer Nachlaßschuld übernommen hatte; wenn z. B. beim Tode eines Kaufmanns dessen ältester Sohn sich gegen die andern miterbenden Geschwister zur Tilgung der Passiven gegen Übernahme des Geschäfts verpflichtet, demnächst aber die Aktiva bei Seite schafft, so können die Geschwister in die Lage geraten, von den Nachlaßgläubigern auf den vollen Betrag ihrer Forderungen in Anspruch genommen zu werden. Indessen kann auch *nach* der Teilung die Gesamtschuldenhaftung den Miterben unter Umständen hart werden: besonders, wenn Schulden erst nach der Teilung aufgetaucht oder doch geltend gemacht sind, die also auch vorsichtige Miterben nicht vor der Teilung berichtigen konnten. Deswegen machen die §§ 2060 und 2061 Ausnahmen (von der Gesamtschuldenhaftung nach der Teilung), nach denen an Stelle der Gesamtschuldenhaftung eine bloß anteilmäßige (Haftung) tritt, sodaß jeder Miterbe für die Nachlaßschuld nur zu dem Bruchteil zu haften hat, der seinem Erbteil entspricht (der Fünftelerbe bei einer Nachlaßschuld von 1000 Mark nur auf 200 Mark). § 2060 zählt drei Ausnahmen auf; die vierte und praktisch wichtigste enthält § 2061.

Zu diesem Teile haftet er hiernach:

a) Gläubigern, die im *Aufgebotsverfahren* ausgeschlossen sind (§ 2060 Ziff. 1, C.P.O. § 997).

Dies gilt auch gegenüber solchen, die Ansprüche aus Pflichtteilen und Vermächtnissen haben, und auch gegenüber solchen, denen ein Miterbe bereits unbeschränkt haftet, d. h. *auch* mit seinem *eigenen* Vermögen. Darum kann auch ein so unbeschränkt haftender Miterbe noch das Aufgebot (mit Androhung dieses erwähnten Rechtsnachteils) beantragen (§ 997 Abs. 2); (er kann also auch, wenn er unbeschränkt haftet, an Stelle der Gesamtschuldenhaftung Teilhaftung setzen). Strohal fragt hier: Soll die bloße Teilhaftung zufolge Ausschlußurteils auch gegenüber solchen ausgeschlossenen Gläubigern gelten, die dem Miterben schon vor der Teilung *bekannt* waren? Mit Recht ant-

wortet Küntzel: „Gewiß!“ [1]) Alle (Gläubiger), die sich nicht gemeldet haben, werden von dem Rechtsnachteil betroffen. Das Aufgebotsverfahren soll für die Miterben sicher feststellen, welchen Gläubigern gegenüber ihre Gesamtschuld besteht und welche sie also vor der Teilung zu befriedigen haben. Wer sich nicht meldet (weil er sich bewußt ist, den Miterben bekannt zu sein), de se queri debet: er muß dann mit Teilhaftung der Miterben vorlieb nehmen.[2])

b) Den im Aufgebotsverfahren Ausgeschlossenen stellt Nr. 2 auch hier diejenigen Nachlaßgläubiger gleich, die ihre Forderungen erst fünf Jahre nach dem Erbfall geltend machen. Diese Zögerung zieht eben eine Art Ausschließung ipsa lege nach sich, die Beschränkung auf Teilhaftung der Miterben. Anders nur, wenn vor Ablauf der fünf Jahre die Forderung dem Miterben bekannt war oder im Aufgebotsverfahren angemeldet ist. (Dann trifft den Gläubiger nicht der Vorwurf zu langer Versäumnis.)[3]) Außerdem berührt diese Ausschließung nicht die im Aufgebot eximierten Realgläubiger des § 1971. Auch hier hebt Strohal wieder die Möglichkeit hervor, daß die durch fünf Jahre geheim gebliebene Forderung nachher, aber doch noch vor der Teilung den Miterben bekannt wird. Können dann — fragt er — die Miterben doch noch rasch teilen mit der Wirkung, sich bloße Teilhaftung zu verschaffen? Antwort: gewiß! Warum hat der Gläubiger sich nicht gemeldet?[4]) Wenn der Gläubiger fünf Jahre mit der Geltendmachung gewartet hat, so steht er eben einem Ausgeschlossenen gleich, und ist seine Forderung erst nach dem fünften Jahre den Miterben bekannt geworden, dann haben sie nicht Ursache, dieselbe an einen durch Ausschlußurteil Präkludierten zu berichtigen.

c) Auch dann, wenn der Nachlaßkonkurs eröffnet und durch Verteilung der Masse oder Zwangsvergleich beendigt ist, haften die Miterben nur anteilmäßig (§ 2061 Ziff. 3); also besonders für die

[1]) Strohal, 2. Aufl. S. 522 tritt jetzt Küntzel bei und bemerkt: „Trotzdem wird die Frage aufgeworfen werden können, ob eine andere Behandlung der Billigkeit nicht besser entsprochen hätte“. Eck war wohl anderer Meinung.

[2]) Dem Gesetzgeber schwebten wohl die Fälle vor, in denen der Gläubiger dem Miterben bekannt, seine Forderung aber zweifelhaft ist. Da nun die Grenzlinie zwischen diesen Fällen und den bekannten zweifellosen Forderungen sich praktisch kaum sicher feststellen läßt, so rüttelt das Gesetzbuch alle Gläubiger aus dem Zustande der Untätigkeit auf.

[3]) Aber doch nur deshalb, weil das Gesetz hier nachsichtiger ist, als bei dem wirklichen Aufgebote.

[4]) Auch hier sondert Strohal in der zweiten Auflage S. 523 Anm. 7 das Gesetz von dem Gebote der Billigkeit.

Vergleichssumme jeder nur zu dem Bruchteil, der seinem Erbteil entspricht.

Über diesen Paragraph sind Strohal und Küntzel wieder hart aneinander geraten. Strohal fragt nämlich, ob das auch dann gelten solle, wenn die Miterben den Nachlaßkonkurs erst nach der Teilung herbeigeführt haben. Dann könnten sie ja dadurch ihre mit der Teilung bereits in Kraft getretene Gesamthaftung nachträglich in eine bloße Teilhaftung umwandeln. Doch ist dies wohl in der Tat nicht richtig.[1] § 2061 Ziff. 3 setzt vielmehr voraus, daß der Nachlaßkonkurs schon vor der Teilung eröffnet war. Küntzel S. 841 behauptet übrigens, daß die Beschränkung auf den Fall eines vor der Teilung eröffneten Konkurses in Nr. 3 sprachlich zutreffend ausgedrückt sei. Schwerlich!

Mir scheint aber übrigens der ganze Fall, den die Nr. 3 betrifft, daß, nachdem der Nachlaßkonkurs durch Verteilung der Masse oder Zwangsvergleich beendet ist, die Miterben zur Teilung des Nachlasses schreiten, nicht praktisch häufig zu sein. In der Regel ist doch dann gar nichts zu teilen, weil nichts vorhanden ist.

Der an zweiter Stelle genannte Fall, daß ein Zwangsvergleich stattgefunden hat und die Masse den Miterben zur Bezahlung der Vergleichssumme ausgeantwortet ist, könnte vielleicht praktisch werden. In der Regel aber wird die vorhandene Masse auch hier eben bloß zur Bezahlung der Konkursgläubiger hinreichen und wieder nichts zu teilen sein. Endlich

d) wird jedem Miterben ein Weg eröffnet, um nach der Teilung statt der Gesamtschuld nur anteilmäßige Haftung eintreten zu lassen durch § 2061. Es ist der aus dem preußischen Recht bekannte Weg einer außergerichtlichen Aufforderung, die jeder Miterbe an die Gläubiger erlassen kann, daß sie sich binnen sechs Monaten melden mögen, sei es bei dem die Aufforderung erlassenden Miterben, sei es beim Nachlaßgericht. Als Formalität für die Aufforderung bestimmt Abs. 2 zwei Zeitungsinserate (im Deutschen Reichsanzeiger und in dem für die Bekanntmachungen des Nachlaßgerichtes bestimmten Blatt). Die Wirkung aber ist nach Abs. 1, daß nach Ablauf der Frist jeder Miterbe nur anteilmäßig haftet, soweit nicht die Anmeldung erfolgt

[1]) Strohal hat in diesem Punkte in der zweiten Auflage S. 524 § 89 Anm. 8 seine frühere Ansicht aufgegeben (vgl. daselbst Literatur). Er bemerkt: „Daß den Miterben hier die bereits eingetretene gesamtschuldnerische Haftung nach der Beendigung des Konkurses wieder abgenommen werden soll, wird nicht anzunehmen sein. Die Vorschrift des § 2060 Nr. 3 muß also in dieser Beziehung einschränkend ausgelegt werden".

ist oder die Forderung zur Zeit der Teilung dem Miterben ohnehin bekannt war. Der Unterschied dieses Weges vom Aufgebotsverfahren ist mannigfach: das Aufgebotsverfahren richtet sich an alle (Nachlaß)gläubiger, unbekannt wie bekannt, und bezweckt, die Ausgeschlossenen zu Gunsten der sich Meldenden und des Erben auf den Rest der Erbmasse zu beschränken (gegenständliche Beschränkung der Haftungsobjekte). Die öffentliche Aufforderung dagegen trifft die bekannten Gläubiger nicht und bezweckt nur gegenüber den Unbekannten, die sich nicht melden, die Miterben aus Gesamtschuldnern zu Teilschuldnern zu machen (statt Gesamtschuldhaftung quantitative Beschränkung). Eben darum steht das Recht auf Aufgebot denen, die bereits unbeschränkt auch mit ihrem Privatvermögen haften, nicht zu. Die öffentliche Aufforderung dagegen steht jedem Miterben zu.[1])

Blickt man zurück auf alle Ausnahmen von der Haftung der Miterben als Gesamtschuldner nach B.G.B., so ist diese Haftung nicht viel ausgedehnter und gefährlicher als die, welche wir schon in Preußen (als mögliche Folge der Nachlaßteilung) hatten.

Für die Zeit vor der Teilung ist sie zwar — abweichend vom preußischen Recht — vorhanden, doch von geringer praktischer Bedeutung. Für die Zeit nach der Teilung kann ihr jeder Miterbe sehr einfach dadurch vorbeugen, daß er an die unbekannten Gläubiger die öffentliche Aufforderung richtet, sich zu melden und dann erst nach Bezahlung der gemeldeten oder ihm sonst bekannten Schulden die Teilung geschehen läßt. Also um den Preis zweier Zeitungsinserate ist die Gesamthaftung in Teilhaftung zu verwandeln und erst recht durch Aufgebot und Präklusion der nicht gemeldeten Gläubiger. Diesen haftet der Miterbe nur anteilmäßig (§ 2060 Nr. 1) und auch nur mit den Nachlaßgegenständen, die ihm übrig sind (§ 1973).

Aber noch weitere Erleichterungen gewährt den Miterben § 2063. Darnach kommt die Errichtung des Inventars durch einen Miterben auch den übrigen zu statten, sofern nicht für einen aus besonderen Gründen unbeschränkte Haftung (z. B. bei früherer Fristversäumnis oder Weigerung des Offenbarungseides) eingetreten ist.

Wenn ein Miterbe zugleich Nachlaßgläubiger ist, so müßte streng genommen ein anderer Miterbe, der den Nachlaßgläubigern unbe-

[1]) Dieses Aufgebot wird allen Miterben zu empfehlen sein, die mit andern schwer zu belangenden (etwa im Auslande lebenden) Miterben zusammentreffen; denn die Gefahr später auftauchender Gläubiger ist niemals völlig ausgeschlossen. Ist dann der Rückgriff gegen die Miterben undurchführbar, so trifft den allein in Anspruch genommenen Miterben ein empfindlicher Schaden.

schränkt auch mit seinem eigenen Vermögen haftet, auch jenem coheres creditor gegenüber unbeschränkt haften.

Aber dies ist schon von der preußischen Praxis als unbillig empfunden und verneint worden, wenn dies auch nach dem Gesetzestexte nicht zu begründen war (Eccius § 270 Anm. 76).

Auch § 2063 Abs. 2 gewährt jedem Miterben gegen einen coheres creditor beschränkte Haftung, d. h. er läßt ihn einem solchen gegenüber nur mit den Mitteln des Nachlasses haften. Der Gedanke dieses Grundsatzes ist: der coheres creditor könnte ja selbst ein Inventar errichten und brauchte nicht einen Aufschluß durch die anderen abzuwarten. Z. B. A. und B. sind Erben zu je $^1/_2$. Als Gläubiger tritt nur X. auf, der 500 zu fordern hat und den Erben eine Inventarfrist stecken läßt. Da nun der Nachlaß 1000 beträgt, so schlägt A. dem B. vor, den X. aus den Nachlaßmitteln zu befriedigen und die Inventarisierung zu ersparen. B. stimmt zu; X. wird mit 500 befriedigt, die übrigen 500 teilen A. und B., sodaß jeder 250 bekommt. Nun erhebt B. selbst eine Forderung gegen den Nachlaß auf 1000. Dafür haftet jeder in Höhe von $^1/_2 = 500$ und da sie das Inventar versäumt hatten, unbeschränkt, also auch mit seinem eigenen Vermögen. Streng genommen könnte B. verlangen, A. möge die empfangenen 250 herausgeben und die übrigen 250 aus eigenen Mitteln zuschießen. Dagegen erklärt sich aber § 2063.

Strohal erhebt nun noch zwei Bedenken gegen die Regelung der Miterbenhaftung im B.G.B.

1. Bei den weitgreifenden Folgen der Nachlaßteilung ist es sehr wichtig, ob eine Teilung stattgefunden hat oder nicht. Es kann aber zweifelhaft sein, ob dies geschehen ist.[1]) Es ist möglich, daß z. B. Miterben sich zwar wegen der meisten Sachen auseinandergesetzt, aber etwa einzelne mit Pfandrechten überlastete Stücke ungeteilt gelassen haben, um die Gläubiger immer noch auf den (ungeteilt gebliebenen Nachlaß) verweisen zu können. Hierbei ist zu sagen: daß es lediglich quaestio facti ist, ob Teilung stattgefunden hat oder nicht, und zwar ist diese Frage, wie Küntzel mitteilt, in den mehr als 100 Jahren, seit Erlaß des A.L.R. nur zweimal höchst richterlich entschieden worden. Die Teilung einzelner Nachlaßstücke bedeutet aber, daß die Teilung überhaupt noch nicht stattgefunden hat.[2])

[1]) Die Beweislast, daß die Teilung erfolgt sei, legt Strohal 2. Aufl. S. 526. V. mit Recht bald dem Miterben, bald dem Gläubiger auf, je nachdem sie zum Besten jenes oder dieses hervorgekehrt wird.

[2]) Strohal 2. Aufl. S. 527 hebt hierzu hervor, daß andererseits auch nicht die Teilung aller Stücke vorausgesetzt werde. „Es kommt somit darauf an, ob eine

2. Wenn ein Gläubiger infolge Aufgebots ausgeschlossen ist, oder fünf Jahre nach dem Erbfall seine Forderung nicht geltend gemacht hat, aber Teilung des völlig zureichenden Nachlasses noch nicht erfolgt ist, so kann jener Nachlaßgläubiger immer noch nach § 2058 gegen die einzelnen Miterben z. B. gegen einen Fünftelserben als Gesamtschuldner auf den vollen Betrag der Forderung, z. B. 1000 klagen. Wenn aber, noch ehe das Urteil ergeht, die Miterben die Teilung vollzogen haben, um ihre Gesamthaftung in Teilhaftung zu verwandeln, so kann dann der beklagte Miterbe nach § 2060 Nr. 1 verlangen, nur auf den Bruchteil der Forderung verurteilt zu werden, der seinem Erbteil entspricht, also nur auf $^{1000}/_{5} = 200$. Wenn der Gläubiger aber so lange mit seiner Geltendmachung gezögert hat, so kann er sich nicht beschweren, daß eine Teilung eintritt und damit auch nur Teilhaftung der Miterben, daß er also nunmehr — um mit Svarez zu reden — den einzelnen Miterben nachlaufen muß. Dafür bringt ihm ja die Teilung andererseits den Vorteil, daß der verurteilte Miterbe ihn nun nicht mehr nach § 2059 auf seinen Anteil am Nachlaß verweisen kann, sondern in der Höhe der Teilsumme, zu der er verurteilt wird, sich auch den Zugriff auf die einzelnen Gegenstände, die ihm aus dem Nachlaß zugefallen sind, gefallen lassen muß, ja, sofern kein Grund zu einer beschränkten Haftung vorliegt, auch auf sein eigenes Vermögen.

Nach alledem ist jedem Nachlaßgläubiger, der mehreren Miterben gegenübersteht, wie Wilke hervorhebt, praktisch anzuraten, daß er zwei Schritte tut, nämlich

1. Erwirkung einer Inventarfrist für jeden einzelnen Miterben. Er kann das mit einem Gesamtantrage tun. Wird dann kein Inventar eingereicht, so haftet ihm jeder Miterbe und auch unbeschränkt mit seinem eigenen Vermögen.

Wird von einem Miterben ein Inventar eingereicht, so kommt das doch denjenigen nicht zugute, die etwa schon vorher die Beschränkung ihrer Haftung verwirkt hatten. Es kann also auch trotz Einreichung des Inventars durch einen Miterben ein anderer Miterbe die beschränkte Haftung schon vorher verwirkt haben (durch Fristversäumnis) oder nachher verwirken, indem er den Offenbarungseid verweigert (§ 2006 Abs. 3). Dann haftet dieser andere unbeschränkt (§ 2063).

---

im Wesentlichen den ganzen Nachlaß umfassende Teilung stattgefunden hat, oder ob es dazu noch nicht gekommen ist." Die Rechtsordnung läßt hier an Rechtssicherheit viel vermissen.

2. Es wird der Gläubiger ferner gut tun, gegen sämtliche Miterben eine Klage zu erheben. Dadurch erlangt er einen Titel zur Vollstreckung in den ungeteilten Nachlaß und kann diese Vollstreckung betreiben, sobald als sie gegen Alleinerben zulässig wäre. Dies war auch in Preußen bis jetzt das gewöhnliche Verfahren. Zugleich aber tut er gut, seine Klage auch auf Verurteilung jedes einzelnen Miterben zur vollen Leistung zu richten. Denn dann hat er zur Beitreibung derselben schon vor der Teilung auch den Zugriff auf den Anteil jedes einzelnen (Miterben) am Nachlaß, und nach der Teilung, wenn diese geschehen sein sollte ohne seine Befriedigung einen Vollstreckungstitel gegen das Vermögen des einzelnen Miterben. In der Regel wird der Einzelne dann als Gesamtschuldner auf den vollen Betrag als Gesamtschuldner haften.

Freilich kann aber auch seine Haftung aus einem besonderen Grunde wie die des Alleinerben auf die ihm bei der Teilung zugefallenen Nachlaßgegenstände oder auf die Bereicherung beschränkt sein, (z. B. wenn der Nachlaß so gering war, daß eine Nachlaßverwaltung oder ein Nachlaßkonkurs nicht lohnte), oder sie kann auf bloße Teilhaftung herabgesetzt sein (z. B. infolge Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Zwangsvergleich).

Abgesehen von diesen besonderen Fällen erlangt der Gläubiger durch seine Klagenkumulation auch den doppelten Vollstreckungstitel in den ungeteilten Nachlaß und in das Vermögen des einzelnen Miterben für die Zeit nach der Teilung. Aber meist werden die Miterben es gar nicht soweit kommen lassen, daß er den einzelnen nachlaufen muß (es wäre ja ihr eigener Schaden), sondern schon vor der Teilung den Gläubiger befriedigen.

In Summa steht also ein betriebsamer Nachlaßgläubiger (creditor vigilans) mehreren Miterben gegenüber nicht schlechter als einem Alleinerben gegenüber; die Wartefristen, die dem Alleinerben zugute kommen, z. B. aus § 2014 (3 Monate), dann die Inventarfrist und schließlich, wenn er das Aufgebot beantragt hat, die Aufgebotsfrist, können natürlich auch die Miterben für sich in Anspruch nehmen. Aber soweit diese dem Gläubiger nicht entgegenstehen, wird er seine Forderung von den Miterben schon aus dem ungeteilten Nachlaß beitreiben können, oder nach der Teilung von jedem einzelnen Miterben und zwar zum vollen Betrag und aus dessen ganzem Vermögen.

12. Erbschein. (§§ 2353—2370.)[1]

§ 15.

Der Erbschein ist im B.G.B. fast anhangsweise behandelt; es empfiehlt sich indessen, ihn im Anschluß an die Rechtsstellung der Erben zu betrachten. Die Materie ist nach dem Muster nicht des römischen Rechts, sondern des preußischen Gesetzes vom 12. März 1869, betr. die Ausstellung gerichtlicher Erbbescheinigungen geregelt. Dabei wurde dieser etwas weitläufige Ausdruck durch den kürzeren „Erbschein" ersetzt.

Der Erbschein ist ein Zeugnis, welches das Nachlaßgericht dem Erben über sein Erbrecht ausstellt, und wenn er nur Teilerbe ist, über die Größe seines Erbteils (§ 2353). Die sachliche Zuständigkeit bestimmt G.F.G. §§ 72 und 73 dahin, daß das Amtsgericht, — die örtliche, daß das Gericht des Wohnsitzes, den Erblasser bei seinem Tode hatte, dazu berufen ist.[2] Er kann aber nicht bloß wie nach preußischem Recht dem gesetzlichen Erben, sondern (was schon vorher in Hamburg Rechtens war) auch dem Testaments- und dem Vertragserben ausgestellt werden (wie der Wortlaut des § 2353: „Das Nachlaßgericht hat „dem Erben" ... ein Zeugnis ... zu erteilen" ergibt.)[3] Bei den Worten desselben § 2353: „das Nachlaßgericht hat dem Erben auf Antrag einen Erbschein auszustellen", denkt der Leser zunächst auf seinen, des Erben, Antrag. Das ist nicht gemeint, sondern auf Antrag eines Berechtigten, und berechtigt kann nach der C.P.O. § 792 auch ein Gläubiger sein, der z. B. ein ererbtes Grundstück zur Zwangsvollstreckung bringen will,[4] oder auch ein Testamentsvollstrecker.[5]

---

[1] Den Hinweis auf die Entscheidungen in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit verdankt der Herausgeber hier, wie überhaupt in diesem Bande, der Güte des Herrn Oberlandesgerichtsrat Ebert in Breslau.

[2] Die zur Begründung des Antrags eingereichten Urkunden bleiben bei den Erbschaftsakten. Entsch. des O.L.G. Kolmar vom 4. Febr. 1903 (Entsch. in Angelegenheiten der freiwill. Gerichtsbarkeit Bd. III S. 227).

[3] Daraus folgt aber nicht etwa, daß in Zukunft der Erbschaftsschuldner von dem Testamentserben noch neben der Vorlegung des Testaments auch noch diejenige eines Erbscheins verlangen kann. Dagegen Entsch. des R.G. Bd. 54 Nr. 89 S. 344.

[4] Auch der durch Kauf des Anteils eines Miterben in dessen Erbrecht eingesetzte Erwerber kann die Ausstellung eines Erbscheins für sich beantragen. Entscheid. des O.L.G. Kolmar vom 11. Febr. 1903 (Entscheid. in Angelegenheiten der freiwill. Gerichtsbarkeit Bd. III S. 229).

[5] Entsch. des K.G. vom 17. Juni 1901 (Entscheid. in Angelegenheiten der freiwill. Gerichtsbarkeit Bd. II S. 163): Zum Antrage auf Erteilung eines Erbscheins ist auch der Testamentsvollstrecker befugt. Entsch. des K.G. vom 1. Dez. 1901 (Entscheid in Angelegenheiten der freiwill. Gerichtsbarkeit B. III S. 181).

Die Angaben, die der gesetzliche Erbe zu machen hat, bestimmt § 2354 im einzelnen.[1]) Die erforderlichen Angaben des Testaments- und Vertragserben enthält § 2355.

Einige Angaben sind nach § 2356 durch öffentliche Urkunden zu beweisen, andere durch eidesstattliche Versicherung.

Das Nachlaßgericht hat aber außerdem nach § 2358 von Amts wegen die erforderlichen Ermittelungen anzustellen und kann auch ein Aufgebot andrer erbberechtigten Personen erlassen, wie das schon in Preußen galt.

Nur nach Feststellung der maßgebenden Tatsachen ist nach § 2359 der Erbschein zu erteilen und wenn ein Rechtsstreit über das Erbrecht schwebt, soll das Nachlaßgericht zunächst den Gegner hören. (§ 2360.) Da das Testament nicht mehr in einer öffentlichen Urkunde zu bestehen braucht, muß über die Gültigkeit desselben derjenige gehört werden, der im Fall der Unwirksamkeit Erbe sein würde.[2])

Mehreren Erben kann auch ein gemeinschaftlicher Erbschein erteilt werden (§ 2357) (zur Kostenersparnis).[3]) Ist hinter dem Erben ein Nacherbe eingesetzt oder ein Testamentsvollstrecker bestimmt, so ist auch dies in den Erbschein aufzunehmen (§§ 2363, 2364), damit jeder Dritte wisse, wie weit die Verfügung des Erben über den Nachlaß beschränkt ist.[4])

Ist ein Erbschein unrichtig, so ist er vom Gericht einzuziehen[5]) oder, wenn der Einziehung Schwierigkeiten entgegenstehen, durch Beschluß für kraftlos zu erklären (§ 2361).

Der Testamentsvollstrecker muß angeben, für wen er die Erbschaft begehrt und ob dieser die Erbschaft angenommen hat.

[1]) „Nr. 1, 2, 4 und auch 5 leuchten als gerechtfertigt ein. Aber 3 und Abs. 2 gehen weiter." Vorbereitungsheft.

[2]) Dem Nachlaßrichter steht unbedingt die Nachprüfung der Gültigkeit des Testaments zu. Entsch. des K.G. vom 7. Okt. 1901 (Entsch. in Angel. der freiwill. Gerichtsbarkeit Bd. II S. 217). Vgl. ferner Entsch. des KG. vom 16. Juni 1901 (Entsch. in Angelegenh. der freiwill. Gerichtsbarkeit Bd. III S. 117): Das Nachlaßgericht muß sich darüber schlüssig werden, ob ein vorhandenes Testament die gesetzliche Erbfolge des Antragstellers ausschließe oder nicht. A. M. Planck zu § 2359.

[3]) Nach der Entsch. des K.G. vom 24. Juni 1901 (Entsch. in Angelegenh. der freiwill. Gerichtsbarkeit Bd. II S. 161) kann vor Geburt der Leibesfrucht eine Bescheinigung über die Größe der Erbteile nicht gegeben werden, insoweit diese durch Zutritt weiterer Erben berührt werden kann.

[4]) Nach der Entsch. des KG. vom 6. Jan. 1901 (Entsch. in Angelegenh. der freiwill. Gerichtsbarkeit Bd. III S. 6) ist in dem für den Vorerben ausgestellten Erbschein auch die Person des Nacherben anzugeben.

[5]) Gemäß der Entsch. des O.L.G. Jena v. 27. Febr. 1901 (Entsch. in Angel. der

Der wirkliche Erbe hat gegen den Besitzer des unrichtigen Erbscheins ein Recht auf Ablieferung des Scheins an das Nachlaßgericht und auf Erteilung von Auskunft über den Bestand der Erbschaft und den Verbleib von Erbschaftsgegenständen (§ 2362).

Den Hauptpunkt bildet die Wirkung des Erbscheins, welche im B.G.B. genauer als im preußischen Recht bestimmt ist, das summarisch über diesen Punkt hinweggeht. Diese Wirkung ist eine doppelte.

1. Nach § 2365 besteht sie einerseits in der Vermutung, daß dem im Erbschein als Erbe bezeichneten auch wirklich das Erbrecht *zustehe* und daß er *nicht* durch andere Anordnungen beschränkt sei, als der Schein ergibt. Diese Wirkung des Erbscheines ist beinahe mit denselben Worten geregelt, wie bei der Eintragung im Grundbuch (§§ 891—893). Die Vermutung gilt für und gegen jeden (inter omnes), m. a. W. nicht bloß *zugunsten* des Erben gegenüber dritten Personen und auch Behörden — bei denen er etwa eine Eintragung erwirken will — sondern auch umgekehrt, *gegen* den Erben zugunsten dritter Personen (z. B. des Nachlaßgläubigers, zwecks Nachweises der Passivlegitimation im Prozeß gegen den Erben). Im preußischen Recht war diese Frage gar nicht geregelt.

Gegen die Vermutung bleibt der Gegenbeweis offen und es kann ihn jeder führen, nicht bloß der wirkliche Erbe, sondern auch jeder interessierte Dritte, wenn ihn etwa der durch den Erbschein legitimierte Nichterbe auf eine Leistung in Anspruch nimmt.

„Dagegen beweist der Schein nicht auch die Zugehörigkeit der Sachen, die sich tatsächlich in der Erbschaft befinden, zu dieser letzteren".[1])

2. Die andere Seite der Wirkung des Erbscheins stimmt mit der im preußischen Gesetz statuierten im wesentlichen überein. Durch einen unrichtigen Erbschein werden die Rechte des wirklichen Erben nämlich grundsätzlich nicht aufgehoben und dessen Verfügungen über Nachlaßgegenstände bleiben also wirksam.

Aber zugunsten dritter, die mit dem Scheinerben Rechtsgeschäfte über Nachlaßgegenstände geschlossen haben, gilt dem wahren Erben gegenüber nach § 2366 nicht bloß die Vermutung, sondern wie im

---

freiwill. Gerichtsbarkeit Bd. II S. 63) berechtigen Zweifel an der Richtigkeit des Erbrechts nicht zur Einziehung des Scheins, sondern haben nur die in § 2361 angeordneten Ermittelungen zur Folge. Vgl. ferner Entsch. des O.L.G. München vom 22. Nov. 1901 (Entsch. in Angelegenh. der freiwill. Gerichtsbarkeit Bd. III S. 8): Zu dem Antrag auf Einziehung ist jeder berechtigt, dessen Recht infolge des öffentlichen Glaubens des Erbscheins durch dessen Unrichtigkeit gefährdet wird.

[1]) Vorbereitungsheft.

preußischen Recht sogar eine Fiktion, die Richtigkeit des Erbscheins ausgenommen, wenn der dritte weiß, daß der Erbschein unrichtig ist, oder daß das Nachlaßgericht seine Rückgabe verlangt hat. Guter Glaube wird hier nur durch Wissen ausgeschlossen, nicht schon durch „kennen müssen", durch Irrtum aus grober Fahrlässigkeit.[1])

Im einzelnen führen die §§ 2366 und 2367 eine Reihe von Modalitäten solcher Rechtsgeschäfte auf: wenn der dritte vom Scheinerben einen Gegenstand aus der Erbschaft erworben hat (z. B. als Käufer) oder ein Recht daran (z. B. als Pfandnehmer) oder Befreiung von einem zur Erbschaft gehörenden Recht (Pfandrecht) oder an den Scheinerben auf Grund eines Erbschaftsrechts eine Leistung bewirkt (Nachlaßschuld bezahlt) oder mit ihm über ein Nachlaßrecht durch ein sonstiges Geschäft (Vergleich) verfügt hat; — immer soll er durch sein Vertrauen auf den Erbschein geschützt werden. Wenn dagegen der Scheinerbe unentgeltlich zugunsten dritter verfügt hat, z. B. durch Schenkung aus dem Nachlasse, so haftet gleich dem § 6 Abs. 2 des preußischen Gesetzes nach § 816 Abs. 1 Nr. 2 der Empfänger trotz guten Glaubens in der Höhe seiner ungerechtfertigten Bereicherung.

In einem Falle kommt nach § 2370 auch ohne Erbschein dritten Personen für ihre Rechtsgeschäfte mit einem vermeintlichen Erben der gleiche Schutz zu gute, wie auf Grund eines Erbscheins, nämlich, wenn ein für tot erklärter den in der Todeserklärung angegebenen Todeszeitpunkt überlebt hat oder umgekehrt schon vorher gestorben ist und sich ein dritter mit demjenigen im Rechtsgeschäfte über den Nachlaß eingelassen hat, der bei Richtigkeit der Todeserklärung Erbe sein würde. Dann nützt die Todeserklärung für den dritten ebensoviel, wie ein Erbschein eines vermeintlichen Erben.

Dem Erbschein analog behandelt § 2368 auch das einem Testamentsvollstrecker ausgestellte Zeugnis über seine Ernennung. Also auch für den Testamentsvollstrecker besteht die Vermutung, daß er die im Zeugnis bescheinigte Verfügungsberechtigung wirklich habe und dritte Personen, die sich mit ihm in Verhandlungen einlassen, werden im Vertrauen auf das Zeugnis geschützt.

Endlich übernimmt § 2369 aus dem preußischen Recht den sogenannten „gegenständlich beschränkten Erbschein", wenn für einen Erbschein inbetreff der Erbschaft im Ganzen kein deutsches Gericht zu-

[1]) Eck erwähnte hierzu eine abweichende Ansicht von Otto Fischer. Fischer-Henles Handausgabe 6. Aufl. Nr. 4 zu § 2366 stimmt jedoch mit Ecks Ansicht überein.

gängig ist, aber einzelne Gegenstände im Inlande zur Erbschaft gehören (z. B. wenn ein verstorbener Russe ein Grundstück in Deutschland hatte), dann kann für diese Gegenstände ein Erbschein verlangt werden (z. B. von einem Gläubiger jenes Russen, der eine Zwangshypothek auf dessen deutsches Grundstück eintragen lassen will).

Kapitel III. Das Testament.

1. Allgemeine Grundsätze. (§§ 2064—2086.)

§ 16.

Nach gemeinem Recht ist das Testament eine letztwillige Verfügung mit Erbeseinsetzung und im Testament die Erbeseinsetzung das Fundament aller übrigen Verfügungen. Wird sie hinfällig, so stürzen die übrigen nach. Der Einheit der Erbschaft entspricht Einheit des Testaments. Dagegen nach B.G.B. ist Testament jede letztwillige Verfügung d. h. jede einseitige Verfügung von Todes wegen, auch wenn sie z. B. nur ein Vermächtnis enthält, oder nur eine Auflage oder nur Ausschließung einer Person von der (gesetzlichen) Erbfolge oder vom Pflichtteil (§§ 1937—1940). Daneben heißt „Testament" auch ein Komplex solcher Verfügungen (§ 2085). Deshalb stehen auch nach § 2085 alle testamentarischen Verfügungen im Range gleich, so daß die Unwirksamkeit der einen keineswegs von selbst auch eine andere mitergreift. Die Einheit der Erbschaft ist nicht soweit durchgeführt, wie bei den Römern. Eben darum ist auch die Erbeseinsetzung nicht mehr wie im römischen das Recht Fundament aller übrigen Verfügungen, sondern diese können auch ohne jene fortbestehen, auch wenn jene unwirksam wird.

Nur dann, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser ohne die unwirksame Verfügung auch eine bestimmte andere nicht getroffen hätte, wird die letztere mit unwirksam (§ 2085). Ein gleiches galt schon in Preußen. Z. B. jemand verordnet: Da mein Sohn verstorben ist, so bestimme ich: „Erbe soll zwar seine Witwe sein, aber da ich ihr keinen Pflichtteil schulde, soll sie 10 000 M. an eine Wohltätigkeits-Anstalt zahlen."[1])

[1]) Daß diese Auflage mit der Erbeinsetzung hinfallen muß, ist nach §§ 2192, 2161 m. E. keineswegs sicher.

Das Testament muß nun gleich dem römischen Recht auch nach B.G.B. vom Erblasser *persönlich* errichtet werden, nicht von einem Stellvertreter (§ 2064) auch nicht einem gesetzlichen,[1]) und der Erblasser muß darin auch seinen *eigenen* Willen aussprechen, d. h. es darf nicht die Entscheidung über die Person des Bedachten und der Gegenstand der Zuwendung *Andern übertragen* (§ 2065). Der Erblasser soll nicht zu Gunsten eines Dritten abdanken, der als sein Vertrauensmann über den Nachlaß zu bestimmen haben soll[2].) Ausnahmen kommen nur in Nebenpunkten vor, bei Vermächtnissen (§§ 2154—2156) und Auflagen (§§ 2192—2193). (Hier kann auch das billige Ermessen eines Dritten zur Ergänzung der erblasserischen Verfügungen eintreten).

Für eine Reihe von Anordnungen, welche Zweifel erwecken, gibt das B.G.B. *Auslegungsregeln* (§§ 2066—2077 und §§ 2084 bis 2086[3]),) so über die Ausdrücke „gesetzliche Erben", „Verwandte", „Kinder", „die Armen".

Bemerkenswert ist die Auslegungsregel des § 2071, die eine schon im röm. Recht aufgeworfene und anläßlich eines berühmten Falles in der Praxis des Kammergerichts[4]) behandelte Streitfrage übereinstimmend mit § 546 I 12 A.L.R. entscheidet: bei der Einsetzung einer Klasse von Personen, die zum Erblasser in einem Dienste oder Geschäftsverhältnisse stehen, soll für die Bestimmung der Person im Zweifel der Zeitpunkt des Erbfalls maßgebend sein. Es prävaliert also die Dienststellung, nicht die Person.

Jener Fall aus der preußischen Rechtsgeschichte war folgender: Prinzessin Amalie, die Schwester Friedrichs des Großen, hatte letzt-

---

[1]) Es soll weniger den sachlich feststehenden Bedürfnissen des Testators dienen, als vielmehr seinen ungewissen höchstpersönlichen Neigungen.

[2]) Wer selbst nicht weiß, was er will, hat kein ernstliches Bedürfnis letztwillig zu verfügen. Auch könnte ein Dritter, dem er die Ausübung des Verfügungsrechts anvertraut, sehr leicht hinterlistiger Weise den Gegenstand der Verfügung sich selbst in die Hände spielen.

[3]) Vgl. hierzu Dernburg „Die Auslegung der Testamente", Deutsche Juristenzeitung, IX, 1904, Nr. 1, S. 1 ff. Dernburg erklärt sich auf S. 6 im Widerstreite gegen einen Beschluß des K.G. v. 10. Nov. 1902 (Rechtspr. d. O.L.G. VI, S. 72) gegen das zu strenge Haften am ausdrücklichen Erklärungsinhalte.

[4]) Statt ihrer gilt die Gemeindekasse als bedacht. § 2072. Das Reichsgericht bemerkt hierzu Bd. 52 Nr. 76 S. 283: „Es würde den Erben keinen ersichtlichen Nutzen gewährt haben, wenn ihnen der dauernd der fremden Nutzung unterworfene Stamm zum Eigentum vorbehalten worden wäre".

willig verfügt: „Jeder meiner beiden Kavaliere erhält „eine goldene Dose mit Brillanten". Nun waren die beiden Kavaliere, welche die Prinzessin bei der Testamentserrichtung gehabt, eine Reihe von Jahren darauf außer Dienst getreten und durch zwei andere ersetzt worden. Beim Tode der Prinzessin erhob sich nun ein Streit zwischen diesen beiden Kavalieren und jenen, welche die Stellung zur Zeit der Testamentserrichtung gehabt. Die gerichtliche Entscheidung erging zu Gunsten der ersteren und würde auch nach B.G.B. ebenso zu treffen sein. Darüber, ob das Überwiegen der Stellung über die Person innerlich gerechtfertigt ist, läßt sich freilich streiten.[1])

Über bedingte Zuwendungen bestimmt

a) § 2074, daß der unter einer aufschiebenden Bedingung Bedachte den Eintritt der Bedingung erleben muß, wenigstens im Zweifel, nicht wie nach römischem Recht schlechterdings (z. B. wenn der Erbe wieder heiratet, ein Lotterielos gewinnt). Anders das preußische Recht.

b) In den Fällen, wo jemand unter der Suspensionsbedingung bedacht ist, daß er dauernd etwas unterläßt oder tut, was in seiner Willkür liegt, also unter einer Potestativbedingung kann bei allem Gehorsam gegen den Willen des Erblassers die Bedingung erst mit dem Tode des Bedachten in Erfüllung gehen und also die Erfüllung den Erwerb nicht mehr bewirken (z. B. der Erblasser hat bestimmt, mein Neffe soll Erbe sein, wenn er nicht wieder Hazard spielt, sich nicht wieder betrinkt usw.).

Das römische Recht hilft sich hier bekanntlich wenigstens bei der negativen Potestativbedingung, der conditio non faciendi (z. B. wenn er nicht wieder heiratet), mit der cautio Muciana, D. 35. 1, de cond. et dem., fr. 7 pr. 73. Das B.G.B. wählt in § 2075 den Weg der Konversion: Diese Suspensivbedingung wird umgedeutet in eine Resolutivbedingung entgegengesetzten Inhalts (§ 2075). Der Bedachte erhält also die Zuwendung pure, muß sie aber, wenn er kontraveniert, herausgeben. Es erfolgt Wiederauflösung des Erwerbes bei dem Tun dessen, das er unterlassen sollte, und beim Unterlassen dessen, was er tun sollte, und zwar nicht bloß beim negativen, sondern auch bei affirmativen Bedingungen (z. B. wenn er jährlich an meinem Todestage mein Grab schmückt). Der praktische Unterschied dieser Regelung vom römischen Recht liegt darin, daß der Kontravenient die Früchte der Zwischenzeit behält, da im Falle der

[1]) Wo das Gegenteil klar ist, kann m. E. die Auslegungsregel nicht gelten In der Regel soll eine derartige Verfügung für die durch den Tod verlorene Stelle entschädigen.

Kontravention sich die Resolutivbedingung zwar erfüllt, diese aber im Zweifel keine rückwirkende Kraft hat.

c) § 2076 regelt einen im gemeinen Recht bestrittenen Fall. Eine Bedingung, die den Vorteil eines Dritten bezweckt, gilt als erfüllt, wenn der Dritte seine Mitwirkung verweigert, z. B. der Erblasser bestimmt: A. soll Erbe sein, wenn er die Nichte des B. heiratet. Da diese Bedingung den Vorteil der Nichte bezweckt, so würde, wenn sie dem Bedachten einen Korb gibt, wenigstens im Zweifel die Bedingung als eingetreten gelten, der Bedachte also die Zuwendung pure bekommen.[1])

Bestimmter und genauer als im gemeinen Recht, wo viel Streit besteht, ist auch noch die wichtige Lehre von der Anfechtbarkeit letztwilliger Verfügungen geregelt (§§ 2078—2083). Diese Anfechtung findet statt:

1. Nach § 2078 Abs. 1 wegen wesentlichen Irrtums oder, wie Dernburg sagt, wegen eines „Geschäftsirrtums", d. h. bei letztwilliger Erklärung ohne den entsprechenden Willen (nach gemeinem Recht tritt sogar Nichtigkeit ein). Die Erfordernisse der Anfechtbarkeit werden, wie beim Irrtum überhaupt, bestimmt. Sie kann erfolgen, wenn und soweit der Erblasser zwar die Erklärung wollte, aber nicht ihren Inhalt, also nur über den Inhalt seiner Erklärung irrte (error in iudicando), z. B. er unterschrieb, ohne den unterschriebenen Text zu lesen, oder auch wenn er die Erklärung, die er abgab, nicht abgeben wollte (error in faciendo), z. B. sich selbst verschrieb, einen andern Namen oder anderes Zahlzeichen, als beabsichtigt, schrieb. Vorausgesetzt ist beide Male, daß er bei Kenntnis der Sachlage diese Erklärung nicht abgegeben haben würde. Der Irrtum muß also auch subjektiv erheblich sein.

Das im allgemeinen Teil aufgestellte weitere Erfordernis objektiver Erheblichkeit des Irrtums: „wenn anzunehmen ist, daß der Verfügende bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung der Falles die Erklärung nicht abgegeben haben würde" (§ 119) ist hier gestrichen. Der Erblasser mag in Gottes Namen auch ohne „verständige Erwägung" der Umstände seine Verfügung treffen. Hier muß schon subjektive Erheblichkeit des Irrtums ausreichen (§ 2078 Abs. 2).[2])

[1]) Man sollte meinen, daß das gleiche dann, wenn der Vorteil des bedingt Berechtigten bezweckt ist, erst recht gelten müsse. M. E. wird es dann durch Auslegung in der Regel anzunehmen sein. Die Rücksicht auf den Vorteil des Dritten begründet die betroffene Gesetzesbestimmung weit weniger, als sie vielmehr Zweifel an ihre Angemessenheit erweckt.

[2]) Neben dem Wunsche des Verfügenden liegen schutzwidrige Interessen an-

2. Die Anfechtung findet auch statt nach § 2078 Abs. 2 wegen gewisser Fehler nur im Beweggrunde, nämlich wenn der Erblasser zu seiner Verfügung bestimmt war, entweder

a) durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes, oder

b) durch widerrechtliche Drohung (§ 2078 Abs. 2).

Diese **Berücksichtigung** irriger Annahme und Erwartungen geht weit hinaus über das, **was bei** Rechtsgeschäften unter Lebenden gilt. Denn diese macht einen Irrtum im Beweggrund **nur dann anfechtbar**, wenn er durch arglistige Täuschung erzeugt war (§ 123), aber auch im römischen Recht sind Ansätze vorhanden, bei den letztwilligen Verfügungen eben die Anfechtung in weiterem Umfange zu gewähren. Anfechtbarkeit liegt hiernach vor, wenn jemand z. B. bestimmt: Da von meinen beiden Brüdern A. und B., denen ich als gesetzlicher Erbe je $^1/_2$ hinterlassen wollte, A. gestorben ist, so wende ich nun dem B. $^3/_4$ und meinem Freunde X. $^1/_4$ zu und A. lebt. Anders, wenn der Erblasser seinen Sohn in der Verfügung beschränkt mit der Begründung, „weil mein Sohn leider ganz unter dem Pantoffel seiner putzsüchtigen Frau steht", während dies nicht der Fall ist.[1])

In einem Falle gilt nach § 2079 sogar eine Vermutung für die bestimmende Kraft eines Irrtums im Beweggrunde, nämlich bei der Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten, dessen Vorhandensein der Erblasser nicht kannte oder der er erst nach dem Testament geboren oder pflichtteilsberechtigt geworden ist (z. B. durch Adoption).

Ein auf diese Weise übergangener Pflichtteilsberechtigter soll eben — das ist die praktische Pointe — nicht bloß, was er ohnehin verlangen könnte, den Pflichtteil bekommen, sondern durch Anfechtung des Testamentes seinen vollen gesetzlichen Erbteil.[2]) Er soll besser stehen, als ein Pflichtteilsberechtigter, den der Erblasser mit Bewußtsein übergangen hat. Im Justinianischen Recht ist dies Anfechtungsrecht

derer nicht vor. So wenigstens, wenn der Irrtum entdeckt wird, ehe die letztwillige Verfügung ausgeführt ist. Im andern Falle müssen die durch die Anfechtung Enttäuschten sich mit den allgemeinen Vorschriften zum Schutze des redlichen Dritten begnügen.

[1]) Bei diesem dem Vorbereitungsheft entnommenen Beispiele ist es nicht ganz zweifellos, ob Ecks Meinung richtig wiedergegeben ist. M. E. dient der zweite Fall als Gegensatz zum ersten, weil bei ihm nicht vermutet wird, auch nicht sicher ist, daß der angegebene falsche Beweggrund der letztwilligen Bestimmung für sich allein den Ausschlag gegeben hat.

[2]) Man könnte darin einen letzten leisen Nachklang des römischen formellen Noterbrechts finden.

noch nicht anerkannt worden, wohl aber von der Praxis und auch vom preußischen Recht. Doch stellt das B.G.B. eine richtige Fortbildung der höchst kasuistischen und unleidlichen sonderrechtlichen Bestimmungen des A.L.R. II, 2 §§ 450 ff. dar.

Anfechtungsberechtigt ist derjenige Nachlaßbeteiligte, und nur dieser, dem die Aufhebung der letztwilligen Verfügung unmittelbar zu statten kommt (§ 2080), sei es, daß die Zuwendung, die infolge Irrtums einem andern gemacht worden, mit der Anfechtung an den Anfechtungsberechtigten fällt (z. B. der Pflichtteilsberechtigte wurde für tot gehalten), sei es, daß er von einer ihm vom Erblasser auferlegten Last befreit wird.

Nicht anfechtungsberechtigt ist, wer erst künftig bei Wegfall des unmittelbar Benachteiligten Vorteil haben würde.

In § 2080 Abs. 2 wird dies weiter zugespitzt. Betrifft der Irrtum nur die Person desjenigen, welcher durch die Verfügung zurückgesetzt wurde, so kann kein anderer als er anfechten, selbst dann nicht, wenn er den Erbfall nicht erlebt und den Nachteil nun ein anderer erleidet. Der Testator hat z. B. als nächsten Verwandten einen Bruder und dessen Sohn, einen Neffen. Der Bruder ist in einem ersten Testament zum Erben ernannt. Dann macht der Erblasser ein zweites und sagt: „Weil mein Bruder einen Hochverrat begangen hat, widerrufe ich mein Testament und setze X. ein." Nun kommt die Unschuld des Bruders zu Tage, er stirbt aber demnächst und gleich darauf der Testator. Hier ist eine Anfechtung durch den Neffen nicht zulässig.

Die Form der Anfechtung ist in den Hauptfällen, wenn sie gegen eine Verfügung über die Erbfolge oder den Testamentsvollstrecker oder eine Auflage gerichtet ist, Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht, das sie dem Gegner, d. h. dem durch die angefochtene Verfügung Begünstigten mitteilen soll (§ 2081 Abs. 1–3).

In allen andern Fällen erfolgt die Anfechtungserklärung nach allgemeinen Regeln, d. h. gegenüber dem Anfechtungsgegner. Die Frist der Anfechtung ist eine — ziemlich kurze — Präklusivfrist von einem Jahr seit Kenntnis des Anfechtungsgrundes. Doch bestehen gewisse Milderungen wie bei der Verjährung auch hier (so daß das Jahr nicht ununterbrochen läuft). Dafür ist die Anfechtung allemal auch ohne diese Kenntnis ausgeschlossen, wenn seit dem Erbfall 30 Jahre verstrichen sind (§ 2082).

Die Wirkung der Anfechtung ist zwar nicht bestimmt, sie muß nach den allgemeinen Regeln bestehen im Nichtigwerden der angefochtenen

Verfügung, doch (wie die Worte des § 2078: „soweit der Erblasser im Irrtum war" ergeben) immer nur insoweit, als es dem Anfechtungsgrund entspricht.[1])

Ein Erblasser hat z. B. verfügt: meinem Freunde A. habe ich in Aussicht gestellt, daß er alsdann mein Erbe sein werde, wenn er meine Kousine geheiratet haben wird. Da dies inzwischen erfolgt, setze ich ihn — meinem Versprechen getreu — hiermit zum Erben ein. A. hatte jedoch die Kousine noch nicht geheiratet, sondern in Wahrheit nur entführt und lebt mit ihr in wilder Ehe, dann kann die pure ausgesprochene Einsetzung des A. von demjenigen, dem die Aufhebung zu gute kommen würde, etwa einem Bruder oder Neffen des Erblassers, angefochten werden, doch nur soweit, als es dem Anfechtungsgrunde entspricht, d. h. A. wird durch die Anfechtung nicht pure beseitigt, sondern es wird die vom Erblasser infolge Irrtums weggelassene Bedingung neu hinzugefügt; die institutio pura verwandelt sich in die institutio condicionalis. (Alles ist aus dem einen Worte „soweit" abzuleiten).

In den §§ 2084—2086 folgen noch einige Auslegungsregeln, so: wenn der Inhalt letztwilligen Verfügungen verschiedene Auslegungen zuläßt, verdient im Zweifel diejenige den Vorzug, bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann (§ 2084), wenn einer letztwilligen Verfügung der Vorbehalt einer Ergänzung beigefügt, die Ergänzung aber unterblieben ist, ist die Verfügung doch wirksam, falls nicht angenommen werden muß, daß die Wirksamkeit von der Ergänzung abhängig sein sollte.[2])

2. Erbeinsetzung. (§§ 2087—2099.)

§ 17.

Für das Dasein einer Erbeseinsetzung entschied bei den Römern das im Testament gebrauchte Wort: heres esto oder heredem esse iubeo. Darum ist auch heres ex certa re Erbe detracta rei mentione.

Dagegen im gemeinen Recht und so auch nach B.G.B. § 2087 entscheidet nicht der Gebrauch eines bestimmten Wortes „Erbe", sondern der Gegenstand der Zuwendung.

Ist dieser das Vermögen oder ein Bruchteil des Vermögens, also m. a. W. eine universitas, die Erbschaft als Ganzes, so ist der Be-

[1]) Vgl. Strohal: Die Anfechtung letztwilliger Verfügungen im Deutschen Entwurf 1892, S. 38 ff. Erbrecht 3. Aufl. S. 298 ff.

[2]) Anerkennungen des favor testamentarum.

dachte stets als Erbe anzusehen, selbst wenn der Erblasser verkehrter Weise das Wort: „vermachen“ oder dergl. gebraucht haben sollte. (§ 2087 Abs. 1 ist eine Dispositivvorschrift).

Im umgekehrten Falle, wenn der Erblasser nur einzelne Gegenstände zuwendet, soll der Bedachte im Zweifel nicht Erbe sein (wie der römische heres ex certa re), sondern Vermächtnisnehmer (§ 2087 Abs. 2.) Doch ist diese Vorschrift nur Auslegungsregel. Es kann also unter Umständen auch die entgegengesetzte Auslegung geboten sein, d. h. der zugewendete einzelne Gegenstand doch die Erbschaft oder einen Bruchteil derselben bezeichnen; und dann ist die Zuwendung als Erbeinsetzung zu deuten.[1]) Z. B. der Erblasser bestimmt: „Mein ganzes Vermögen besteht in meinem Grundstück und dieses Grundstück wende ich A. zu.“ Dann hat er A. auf das ganze Vermögen einsetzen wollen. Das kann praktisch sehr wichtig werden, wenn neben dem so zugewendeten Gegenstand noch andere Vermögensstücke vorhanden sind, z. B. der Erblasser bestimmt: mein ganzes Vermögen besteht in einem Grundstück, Erben desselben sollen werden A. zu $^2/_3$ und B. zu $^1/_3$. Daneben hinterläßt der Erblasser aber andere Aktiva und Schulden. Da nun der Erblasser das Grundstück mit seinem Vermögen identifiziert hat und dasselbe mit den Bruchteilen erschöpfen wollte, so wird A. Erbe zu $^2/_3$ und B. zu $^1/_3$.

Der Erblasser kann neben der testamentarischen Erbfolge auch für die gesetzliche Raum lassen, dadurch daß er die Erbeinsetzung auf einen Bruchteil beschränkt, (z. B. er bestimmt: „A. soll mein Erbe sein zu $^1/_4$“), oder daß er mehrere Erben nebeneinder auf Bruchteile beschränkt, die zusammen das ganze nicht erschöpfen (z. B. er bestimmt: „A. soll mein Erbe sein zu $^2/_4$ und B. zu $^1/_4$“): dann tritt für die freigelassene Quote die gesetzliche Erbfolge ein (§ 2088). Hat er aber die eingesetzten alle ausschließlich zu Erben machen wollen, und dabei doch durch seine Bruchteile das ganze nicht erschöpft, so werden wie im römischen und preußischen Recht die Anteile der einzelnen verhältnismäßig erhöht (§ 2089). Es ist hier absichtlich nicht das Wort „Anwachsung“ gebraucht. Er bestimmt z. B.: „Meine gesetzlichen Erben erhalten nichts; nur A. und B. sollen Erben zu $^1/_4$ sein“; dann wird der Anteil eines jeden auf $^1/_2$ erhöht.[2]) Wenn umgekehrt die vom Erblasser festgesetzten Bruchteile das Ganze überschreiten, werden sie verhältnismäßig herabgesetzt (§ 2092).

[1]) Die Zuweisung der einzelnen Sache an einen Erben kann auch bedeuten, daß er diese bei der Erbauseinandersetzung auf seinen Anteil erhalten solle.

[2]) Siehe über dieses Wort den weiter unten folgenden Text.

In Ermangelung einer Bruchteilsbestimmung sind die Eingesetzten zu gleichen Teilen, nach Kopfteilen (ex aequis partibus) berufen (§ 2091). Möglich auch, daß mehrere Erben neben einander eingesetzt sind, aber nur die einen auf Bruchteile (cum partibus), die andern ohne Bruchteile (sine partibus). Dann ist zu entscheiden:

a) Lassen die festgesetzten Bruchteile einen Rest frei, so bekommen die heredes sine partibus den freien Rest (§ 2092). Z. B. berufen sind A. auf $^1/_2$, B. auf $^1/_4$, C. — dann erhält C $^1/_4$.

b) Wenn aber die Bruchteile der einzelnen Erben cum partibus das Ganze bereits erschöpfen oder überschreiten, so wird im Gegensatz zum römischen und übereinstimmend mit dem preußischen Rechte der heres sine parte dem auf den niedrigsten Bruchteil eingesetzten gleichgestellt (§ 2092 Abs. 2). Z. B. berufen sind: A. zu $^2/_3$, B. zu $^1/_3$ und C. —, dann erhält C. $^1/_3$ und es werden reduziert A. auf $^3/_4$, B. auf $^1/_4$, C. auf $^1/_4$.

Auch die Verbindung mehrerer auf einen gemeinschaftlichen Erbteil ist möglich. Dann wird dieser Erbteil ebenso behandelt, wie die mehreren zugewandte Erbschaft (§ 2093) entsprechend dem römischen Recht bei re conjuncti. Dagegen ist eine bloße Verbindung mehrerer, die nur in der Wortfassung besteht — conjunctio verbis facta unerheblich.

Auch eine Anwachsung kennt das B.G.B. (§ 2094), aber in viel engeren Grenzen als nach gemeinem Recht, zunächst nicht bei der gesetzlichen Erbfolge. Hier tritt bei Wegfall eines gesetzlich Mitberufenen, wie das B.G.B. es eben ausdrückt, nur eine Erhöhung der Erbteile der Übrigen ein (§ 1935), nicht wie nach gemeinem Recht, Akkreszenz. Aber auch im Verhältnis mehrerer Eingesetzter zu einander tritt die Anwachsung nicht mehr kraft Rechtsnotwendigkeit ein, — wie im römischen Recht, wo nach dem Satz: nemo pro parte testatus decedere potest jedes Testament den Nachlaß erschöpfend umfassen muß — sondern nur nach Maßgabe des Willens des Erblassers (§ 2094). M. a. W. das Anwachsungsrecht unter Testamentserben beruht auf einem vom Gesetz angenommenen Substitutionswillen des Erblassers; darum eben kann bei gesetzlicher Erbfolge, bei welcher ein darauf gerichteter Wille undenkbar ist, von Anwachsung nicht die Rede sein.

Die Anwachsung greift Platz nur dann, wenn die Einsetzung mehrerer so geschehen ist, daß sie die gesetzliche Erbfolge ausschließt (also die Einsetzung erschöpfend sein sollte), z. B. es ist verfügt: „Meine Intestaterben erhalten nichts, A., B. und C. sind meine Erben zu je $^1/_3$", und nun ein Miteingesetzter vor oder nach dem Erb-

fall ausfällt. Dann wächst sein Bruchteil den Übrigen pro rata, nach Verhältnis ihrer Erbteile, an (ebenso wie nach römischem Recht). Der Erblasser kann aber die Anwachsung auch ausschließen (§ 2094 Abs. 3), weil ja vom B.G.B. die Anwachsung auf einen mutmaßlichen Substitutionswillen des Erblassers zurückgeführt wird; im römischen Recht kann er sie nicht ändern, da er ihrem Rechtsgrund, der iuris necessitas gegenüber machtlos ist.[1])

Folgerichtig ist in Abs. 2 des § 2094 der Fall entschieden, wo die Erbeinsetzungen, weil sie sich auf einen Teil der Erbschaft beschränken, den Rest für die gesetzliche Erbfolge freilassen und dann ein eingesetzter Erbe wegfällt. Dann erfolgt im allgemeinen keine Anwachsung. Z. B. der Erblasser verfügt: „A. ist Erbe zu 1/4 und B zu 1/4; weiter verordne ich nichts". — Dann bleibt 1/2 für die gesetzliche Erbfolge frei. Fällt A weg, dann tritt keine Anwachsung ein, sondern das 1/4 des A wird für die gesetzlichen Erben frei.

Nur unter der Voraussetzung, daß die eingesetzten Erben auf einen gemeinsamen Erbteil berufen, also re conjuncti waren, tritt, auch wenn neben ihnen gesetzliche Erben berufen waren, Anwachsung unter den eingesetzten ein, als dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entsprechend. Bei der Anwachsung erhebt sich nun dieselbe Frage, wie bei der gesetzlichen Erbfolge ein Erbteil durch Wegfall eines Konkurrenten sich erhöht, nämlich, ob der anwachsende Teil (die portio accrescens) als selbständiger zu behandeln sei. Das römische Recht verneint dieselbe bekanntlich (natürlich, weil sich da der ursprüngliche Erbteil gleichsam aus eigener Kraft heraus erweitert und den vakant gewordenen auffaugt. Es statuiert nicht das Trennungsprinzip, sondern das Verschmelzungsprinzip. Das B.G.B. geht nicht soweit. Nach § 2095 soll in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, sowie der Ausgleichungspflicht der anwachsende Erbteil als ein besonderer, insoweit also das Trennungsprinzip gelten. Allein das Trennungsprinzip ist kein allgemein durchgreifendes. So gilt es nicht in Bezug auf die Frage, ob der Anwachsungsberechtigte die Anwachsung ausschlagen könne. Diese ist mithin zu verneinen, denn es ist kein selbständiger Erbteil, der ihm da anfällt. So wenig der Erbe bei Anfall eines Viertels ein Achtel annehmen und ein Achtel ausschlagen darf, kann er ursprüngliche und die anwachsende Erbportion von einander trennen.

[1]) In erster Linie hängt freilich diese Änderung wohl damit zusammen, daß man im älteren römischen Rechte die gesetzlichen Erben als incertae personae nicht substituieren konnte, also auch nicht stillschweigend.

Für Vermächtnisse, Auflagen und Ausgleichungspflicht ist nur deshalb eine Ausnahme gemacht, damit nicht die Anwachsung dem Akkreszenzberechtigten schließlich noch Nachteil bringe, wenn die portio accrescens überbürdet ist, wie in einem Beispiel zur Kollationslehre[1]) näher ausgeführt wurde.

Endlich ist bei der Erbeinsetzung Berufung eines Ersatzerben möglich auf den Fall, daß der als Erbe berufene nicht Erbe werden will oder nicht Erbe werden kann. Dieselbe entspricht der römischen Vulgarsubstitution und ist ganz wie diejenige im römischen und preußischen Recht geregelt (§§ 2096—2099).

Manche Paragraphen lesen sich sogar wie Übersetzungen von Pandektenstellen, z. B. § 2097: „Ist jemand nur eingesetzt, wofern der zunächst Berufene nicht Erbe sein *kann*, dann soll er als berufen gelten auch für den Fall, daß der zunächst Berufene nicht Erbe sein *will*," oder wie das gemeine Recht in barbarischem Latein sagt: casus voluntatis involvit casum impotentiae.[2])

Indessen ist ein Unterschied von der römischen Vulgarsubstitution hervorzuheben. Nach römischem Recht ist der Vulgarsubstitut (bekanntlich) unter einer gewillkürten Suspensivbedingung berufen. Daher, das ist die praktische Konsequenz, muß er den Wegfall des Vordermanns erleben, um Erbe zu werden. Nicht so schon nach preußischem Recht und auch nach dem B.G.B. Nach letzterem greift auch hier die rückwirkende Kraft einer *Nachberufung* ein, so daß, wenn der Substitut *nach* dem Erbfall, aber *vor* dem Instituten stirbt und dann dieser ausschlägt, der Erbe des Substituten durch Transmission eintritt. Die Bedingung der Ersatzberufung ist daher, wie Strohal es formuliert, nicht als gewillkürte Parteibedingung, sondern als condicio iuris aufzufassen (bestehend in dem Wegfall des Vorberufenen).[3]) Tritt sie ein, so ist die Berufung des Wegfallenden als gar nicht geschehen anzusehen (§ 1953). Z. B. der Erblasser hat einen primus berufen, eventuell secundus, eventualissime tertius. Während primus überlegt, stirbt secundus und darauf schlägt primus aus. Nach römischem Recht ist nun tertius berufen; dagegen tritt nach

[1]) Vgl. oben.

[2]) Wenn im § 2096 auch noch der spätere Wegfall des Erben als Substitutionsfall gemeint ist, so bezieht sich das nur auf einen solchen Wegfall, der rückwirkende Kraft hat (z. B. eine Anfechtung) nicht auf die Nacherbfolge. Der Wortlaut ist unklar.

[3]) 3. Aufl. S. 160. Dies ist nicht unbestritten geblieben, vgl. S. 161 Anm. 33, und m. E. bedenklich, da die Bedingung ohne den Parteiwillen nicht denkbar erscheint.

B.G.B. der Erbe des verstorbenen secundus ein. Das folgt aber daraus, daß die Berufung des primus als gar nicht geschehen gilt. Es hätte also secundus sofort beim Erbfall Erbe werden können, und da er danach verstorben, so hat er seine Anwartschaft auf seinen Erben transmittiert.

Wenn einem Miterben ein Ersatzerbe bestellt ist, zugleich aber die Voraussetzungen des Anwachsungsrechts für die Miterben gegeben sind, so geht das Ersatzerbrecht vor (§ 2099).

Die beiden andern gemeinrechtlichen Formen der Substitution, die Pupillar- und die Quasipupillarsubstitution hingegen sind in das B.G.B. nicht aufgenommen.

Andererseits sind Erbenbestimmungen bei der Erbeseinsetzung, wie Bedingung und Befristung, die bei den Römern beschränkt waren, ganz freigegeben. Die Erbeseinsetzung kann also nicht bloß suspensiv bedingt sein, wie im römischen Recht, sondern auch resolutiv bedingt (anders der römische Satz: Semel heres semper heres). Auch dies a quo und dies ad quem sind zulässig.

3. Einsetzung eines Nacherben. (§§ 2100—2146.)

a) Im allgemeinen.

§ 18.

Hachenburg, Studien zum Erbrechte des Entwurfs, Heft 1, 1896.[1]) Die Schrift ist eindringend und scharfsinnig, aber darum etwas unbequem zu lesen, weil sie sich noch auf den Entwurf II bezieht, ferner allerlei Monita zieht, die infolge Hachenburgs Arbeit berücksichtigt worden sind.

Die Nacherbeinsetzung ist im B.G.B. ausführlicher behandelt als bisher in irgend einem Gesetzbuche.

Die Nacherbfolge ist Fortbildung des römischen Universalfideikommisses. Dieses bewirkte, daß mit der Restitution der Erbschaft durch den Fiduziar der Fideikommissar heredis loco gestellt würde, also daß die Erbschaft den Berechtigten wechselte.[2]) Während daher im gemeinen Recht das Universalfideikommiß bekanntlich überwiegend unter den Regeln des Vermächtnisses steht, und die Wirkung einer sukzessiven Erbfolge nach sich zieht, hat schon das preußische Recht aus diesem Mischgebilde zwischen Vermächtnis und Erbeinsetzung die sogen. fideikommissarische Substitution gemacht, d. h. also die Einsetzung

[1]) Weitere Literatur s. bei Landsberg: Das R. des B.G.B. II S. 1104.

[2]) Vorbereitungsheft.

zweier nacheinander folgenden Erben. Das preußische Recht hat die Regeln dieser fideikommissarischen Substitution analog weiter erstreckt auf gewisse Fälle einer einfachen Erbeinsetzung, welcher aber eine Frist oder eine Bedingung beigefügt ist, sei es eine aufschiebende, sei es eine auflösende. Hier sollen nach dem A.L.R. bekanntlich die Intestaterben den suspensiv berufenen Erben vorgehen und den resolutiv berufenen Erben nachfolgen.

Das B.G.B. ist nun auf dieser Bahn des preußischen Rechts noch einige Schritte weitergegangen. Denn

1. vereinigt es die fideikommissarische Substitution mit den im A.L.R. nun ihr analog behandelten Fällen unter den einheitlichen Begriff der Nacherbfolge und

2. nimmt das B.G.B. in diesen Begriff noch eine dritte Gruppe von äußerst wichtigen Fällen hinein.

Nämlich § 2101 bestimmt, wenn ein zur Zeit des Erbfalls noch gar nicht Erzeugter, ein nondum conceptus, oder eine zu dieser Zeit noch nicht entstandene juristische Person als Erbe eingesetzt war, dann ist das im Zweifel als Nacherbeinsetzung zu deuten. Dann wird also der dem Wortlaute nach als Erbe Berufene in einen Nacherben konvertiert. Wenn der Testator z. B. verfügt: „Ich setze als meine Erben zu gleichen Teilen die Kinder ein, die aus der Ehe meiner Schwester hervorgehen werden," so sind freilich nur die beim Erbfall bereits Erzeugten Erben, aber die nach dem Erbfall erzeugten Kinder der Schwester werden Nacherben auf Kopfteile, die sie von ihren schon zur Zeit des Erbfalls geborenen Geschwistern verlangen können. Die Nacherbfolge liegt hiernach, wie § 2100 ganz richtig definiert, alle Mal dann vor, wenn jemand in der Weise zum Erben eingesetzt ist, daß er erst Erbe wird, nachdem ein anderer vor ihm Erbe gewesen ist.

Dabei kann nun der Vorerbe gleichfalls eingesetzt sein. Das ist der nächstliegende Fall der fideikommissarischen Substitution, oder, wie Hachenburg sagt, das ist eine gewollte Vorerbfolge, indem der Erblasser hinter dem eingesetzten Vorerben einen andern als Nacherben instituiert hat. Aber der Vorerbe kann auch kraft Gesetzes eintreten und nicht kraft erblasserischer Verfügung. Das nennt Hachenburg nun konstruktive Vorerbfolge, deutlicher wäre es vielleicht, wenn er sagte, gesetzliche Vorerbfolge, hinter der erst die gewillkürte Nacherbfolge stattfindet. Dagegen soll (worauf aufmerksam zu machen ist, obwohl die Tragweite praktisch keine sehr große ist),[1]) nach dem Wortlaut des Ge-

[1]) Man denke etwa an den Inhalt des Erbscheins, der bei eingesetzten Erben

setzes der Nacherbe nie kraft Gesetzes eintreten, sondern, wie schon die Definition erkennen läßt, immer nur kraft Einsetzung. Denn wenn der Vorerbe mit einer Resolutivbedingung oder mit einem Endtermin eingesetzt war, dann sollen bei Eintritt der Bedingung oder des Endtermins, des dies ad quem, nach § 2104 die gesetzlichen Erben nicht als solche einrücken. Es soll also angenommen werden, daß sie als Nacherben eingesetzt sind, und zwar ist anzunehmen, daß als Nacherben diejenigen eingesetzt sind, welche die gesetzlichen Erben des Erblassers sein würden, wenn er zur Zeit des Eintritts des Zeitpunktes oder des Ereignisses gestorben wäre. Warum nun im Falle der Suspensivbedingung die Vorerben als gesetzliche eintreten, aber im Falle einer Resolutivbedingung die Nacherben nicht als gesetzliche, sondern als eingesetzte, das ist aus den Materialien nicht ersichtlich. Indessen kommt praktisch nicht eben viel darauf an.[1])

Das Ergebnis ist das. Wenn der Erblasser gesagt hat: „A. soll mein Erbe sein, wenn er es bis zum Landtagspräsidenten bringt", so ist, bis A. soweit kommt, der gesetzliche Erbe des Erblassers als solcher Vorerbe. Hat aber der Erblasser gesagt: A. soll mein Erbe sein, so lange er Landtagspräsident bleibt, und A. nimmt, nachdem er eine Weile Erbe gewesen ist, seinen Abschied, dann treten nicht die gesetzlichen Erben als solche ein, sondern es gelten die gesetzlichen als eingesetzte Erben. So nach dem klaren Wortlaut des § 2104.[2])

Die nun so vom B.G.B. erzielte Bereicherung des Begriffes von Vorerbfolge und Nacherbfolge hat allerdings allerlei Schwierigkeiten mit sich gebracht, auf die Hachenburg hinweist, weil nämlich die verschiedenen Gruppen, die das B.G.B. unter einen Begriff kombiniert hat, doch wieder verschiedene Bestimmungen erforderten. Das tritt gleich hervor in einer Reihe von Auslegungsregeln, die auf die ver-

in ganz anderer Weise ausgestellt wird, als bei Testamentserben, oder auch an die Entsch. des R.G. Bd. 54 Nr. 89 S. 344, nach der der Erbschaftsschuldner von einem Testamentserben neben der Vorlegung des Testaments nicht noch außerdem diejenige eines Erbscheins verlangen darf.

[1]) Diese Frage hängt mit der sehr streitigen Grenzlinie zusammen, die zwischen den gesetzlichen und den stillschweigend angeordneten Rechtsfolgen liegt. Bei der aufschiebenden Bedingung ist es übrigens wohl zweifelhafter als bei der auflösenden, ob der Eintritt der gesetzlichen Erben dem Willen des Verstorbenen entspricht.

[2]) Daran läßt sich nicht rütteln. Im Vorbereitungsheft ist hierbei bemerkt, daß das B.G.B. eine Reihe von Regeln aufstellt, die, genau betrachtet, nur auf die gewollte Nacherbfolge passen. Dazü rechnet Eck insbesondere die unten im Texte besprochenen §§ 2102, 2103. Doch meint er, wie m. E. das folgende ergibt, nur die wirklich ausdrücklich gewollte Nacherbfolge, nicht diejenige, die nach Rechtssatz als gewollt gelten soll.

schiedenen Gruppen Bezug haben, und auf die nun kurz aufmerksam zu machen ist.

1. Auf die gewollte Vor- und Nacherbfolge, also auf die fideikommissarische Substitution, beziehen sich die §§ 2102 und 2103.[1]) Die Einsetzung als Nacherbe enthält im Zweifel auch die als Ersatzerbe. Das ist nichts anderes, als die bekannte fideikommissarische Substitution des A.L.R. Mit den Worten „enthält im Zweifel" ist natürlich gemeint, daß jemand, der als Hintermann daran kommen würde, sobald ein anderer Vordermann aufgehört haben sollte, Erbe zu sein, erst recht sogleich daran kommen soll, wenn der Vordermann gar nicht erst Erbe geworden war. In demselben § 2102 Abs. 2 entscheidet den Fall, wo es zweifelhaft ist, ob jemand Ersatzerbe oder Nacherbe sein sollte, z. B. wenn der Erblasser nur gesagt hat: dem A. substituiere ich den B. B. hat dann als Ersatzerbe zu gelten.

Wenn endlich der Erblasser bestimmt hat, daß der Erbe die Erbschaft einem andern herausgeben soll, dann ist das als Nacherbeinsetzung zu fassen und nicht, was man denken könnte, als eine bloß obligatorische Verpflichtung, sondern eben als eine Beschränkung des Erben auf seine Vorerbenqualität, die er demnächst zu Gunsten eines Nacherben verliert.

2. Die andern Regeln, die sich nur auf die aus einer Bedingung oder Fristbestimmung hervorgehende Vor- und Nacherbfolge beziehen, finden sich in den §§ 2104 und 2105 Abs. 1. Ist ein Erbe mit Resolutivbedingung oder mit dies ad quem eingesetzt ohne Hinzufügung desjenigen, der nun bei Wegfall des Eingesetzten eintreten soll, dann gelten als eingesetzt diejenigen — und nun kommt die auffällige Bestimmung —, welche die gesetzlichen Erben des Erblassers sein würden, wenn er zur Zeit des Eintritts der Resolutivbedingung oder des Endtermins gestorben wäre.

Es kann erhebliche Schwierigkeiten machen, wenn der Vorerbe etwa die Erbschaft einige 20 Jahre gehabt hat und dann die Resolutivbedingung eintritt, nunmehr die gesetzlichen Erben zu ermitteln. Hachenburg tadelt die Vorschrift sehr. Indessen an ihrem Sinn ist nichts zu deuteln oder zu zweifeln.[2])

---

[1]) Vorbereitungsheft: „vgl. A.L.R. I, 12 §§ 58, 59. Den Römern war dies noch fremd, weil das Universalfideikommiß keine Erbeinsetzung war".

[2]) Für sie spricht, daß nach ihr die Masse in der Familie des Verstorbenen bleibt. Wollte man die Nacherben durch Rückziehung bestimmen, so würde nach längerer Zeit die Masse häufig an fremde Erbeserben der Verwandten des Erblassers kommen.

3. Auf eine andere Gruppe von Fällen geht § 2105 Abs. 2. Nämlich auf die Gruppe, wo ein noch nicht Erzeugter eingesetzt ist oder eine ihm gleich behandelte juristische Person, die beim Erbfall noch nicht existent ist. Hat nämlich der Erblasser hier nicht hinzugefügt, wer denn bis zu der Geburt des Nacherzeugten oder bis zum Existentwerden der juristischen Person Vorerbe sein soll, dann sind es gerade, wie bei der Suspensivbedingung, die gesetzlichen Erben des Testators. Die treten als Lückenbüßer ein und bleiben so lange Erben, bis der Nacherzeugte geboren wird. Wenn er nicht mehr geboren werden kann, dann bleiben die gesetzlichen Erben endgültig in ihrer Stellung. Hachenburg teilt folgenden Fall mit. Der Erblasser hat gesagt: mein Freund A. will eine Stiftung errichten, aber sein Vermögen reicht dazu nicht aus, darum setze ich diese Stiftung als Erbin ein. Einstweilen treten die gesetzlichen Erben des Testators ein; wenn aber die Stiftung, die A. errichten wollte, zu Stande gebracht ist, wird diese Stiftung Erbin.

In § 2105 Abs. 2 ist merkwürdigerweise, was in der Praxis zum Glück selten ist, der Einsetzung eines nondum conceptus der Fall gleichgestellt, daß die Person des Erben erst durch ein zukünftiges Ereignis bestimmt werden soll. Wenn jemand denjenigen zum Erben einsetzt, der zuerst den Nordpol wirklich erreicht, oder der zuerst das lenkbare Luftschiff erfindet, dann wird das wieder als Nacherbeinsetzung zu deuten sein.[1]) Einstweilen treten die gesetzlichen Erben ein. Daß solche Verfügungen wirklich einem praktischen Bedürfnisse entsprächen, wird man schwerlich behaupten können. Da kann die Erbschaft auf Jahrzehnte gebunden werden, ohne daß man ahnen kann, wer einmal Nacherbe sein wird, und bei Verwendungen aus der Erbschaft kann es wünschenswert sein, den Konsens des Nacherben zu erhalten, zu Dispositionsakten usw.[2])

In Bezug auf den Erwerb des Nacherbenrechtes unterscheidet das B.G.B. zwei Stufen, für die wir ein Vorbild schon im römischen Recht haben, und die wir im preußischen Recht noch bestimmter ausgeprägt finden:

1. Den sogenannten Fall der Nacherbfolge. (Das ist der technische Ausdruck des B.G.B., vgl. z. B. §§ 2108 Abs. 2 und 2109.) Kürzer

[1]) Unter einer unmöglichen Bedingung?

[2]) Man denke aber z. B. an eine Nacherbfolge eines Anverwandten für den Fall, daß er sein Vermögen verlieren sollte. Das würde doch sicherlich nicht unvernünftig sein.

wäre es, wenn man statt Fall der Nacherbfolge mit Strohal[1]) sagte: Nacherbefall. Es ist der Zeitpunkt, der bei der gewöhnlichen Erbeinsetzung Erbfall heißt, indem die Erbschaft dem Nacherben im Sinne des B.G.B. anfällt (ubi dies venit).

Damit der Nacherbe in die Erbenstellung einrücken könne, muß er natürlich zunächst nach der allgemeinen Regel des § 1923 über Erben bereits am Leben „oder doch erzeugt“[2]) sein (§ 2108 Abs. 1). Im übrigen aber bestimmt sich der Zeitpunkt für den Fall der Nacherbfolge in erster Linie nach dem Inhalt der vom Erblasser angeordneten Nacherbeinsetzung, also insbesondere durch das Ereignis, mit dem der Nacherbe an die Stelle des Vorerben rücken soll. Hat aber der Erblasser den Zeitpunkt selber nicht bestimmt, sondern z. B. nur verfügt: A. soll mein Erbe sein, nach ihm soll B. es werden, dann tritt nach § 2106 die Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben, des A. ein. Das entspricht gewiß dem mutmaßlichen Willen des Erblassers, „der dem Vorerben die Erbschaft so lange wie möglich lassen wollte.[3])

Wenn aber ein noch nicht Erzeugter als Erbe eingesetzt ist, und darum, kraft der vorher erwähnten Umdeutung als Nacherbe zu behandeln ist, dann tritt nach § 2106 Abs. 2 die Nacherbfolge schon sofort mit der Geburt des nondum conceptus ein. Auch das entspricht dem mutmaßlichen Willen des Erblassers, der, wenn er überhaupt den Nacherzeugten als Erben einsetzen wollte, diesem die Erbschaft so früh als möglich zuzuwenden beabsichtigt. Ebenso ist zu entscheiden bei Einsetzung einer erst entstehenden juristischen Person. Sobald dieselbe existent wird, tritt sie als Nacherbin an Stelle des Vorerben.

2. Für den Nacherbfall gibt es zweitens einen Zeitpunkt, in dem der Nacherbe zwar die Erbschaft nicht selber erwirbt, aber doch bereits ein Anrecht auf sie, eine Anwartschaft hat, die, darin liegt die Hauptspitze, vererblich und was z. B. in der preußischen Praxis schon angenommen ist, auch veräußerlich ist. Diese Anwartschaft ist im A.L.R. I, 12 § 467 allerdings sehr karg behandelt. Hiernach mußte bei eingetretenem Substitutionsfalle der Erbe alles, was er erworben hat, in dem Umfange, in dem er sich zur Zeit der Übernahme befunden hat, dem Substituten oder dessen Erben ohne den geringsten Abzug heraus-

[1]) 3. Aufl. S. 163 ff. verwendet diesen Ausdruck nicht als technischen.
[2]) Vorbereitungsheft.
[3]) Vorbereitungsheft.

geben. Also hatte dieser bereits eine Anwartschaft, die er seinerseits auf die Erben übertragen konnte. Das hat das B.G.B. übernommen.

Man streitet im preußischen Recht, ob diese Anwartschaft bloß ein obligatorisches Recht oder auch ein dingliches sei. Aber mehr und mehr entscheidet man sich für das Letztere. Sie kann jetzt auch im Grundbuche eingetragen werden.

Dieser Vortermin, in dem die Anwartschaft entsteht, entspricht, wenn man den Ausdruck brauchen darf, ungefähr dem römischen dies cedens. Strohal[1]) will dafür den Ausdruck Voranfall bilden, der in der Tat ja recht bezeichnend ist; und zwar ist dieser Zeitpunkt nach § 2108 Abs. 2 regelmäßig schon mit dem Erbfall gegeben. „Stirbt der eingesetzte Nacherbe vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge, aber nach dem Eintritte des Erbfalls, so geht sein Recht auf seinen Erben über". Das ist natürlich der denkbar früheste Termin, mit dem grundsätzlich diese Anwartschaft dem Nacherben erworben wird, vorausgesetzt natürlich, daß er da schon geboren oder erzeugt ist.

Hat der Erblasser verfügt: „Meine Witwe soll Erbin sein, nach ihrem Tode mein Bruder", und stirbt der Bruder „zwar nach dem Erbfall, aber"[2]) vor der Witwe, also vor dem Fall der Nacherbfolge, dann überträgt der Bruder seine Anwartschaft auf seinen Erben.

Aber nun fügt § 2108 Abs. 2 S. 2 hinzu: Ist der Nacherbe unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzt, dann bewendet es bei der Vorschrift des § 2074, dem zufolge der Nacherbe den Eintritt der Bedingung erleben muß. Hat etwa der Erblasser verfügt: „Meine Witwe soll meine Erbin sein, wenn sie aber wieder heiratet, soll nur ihr Bruder Erbe werden", stirbt nunmehr der Bruder, während die Witwe noch im Witwenstande sich befindet, und heiratet sie sodann wieder, so kann der Bruder sein Anrecht nicht auf seinen Erben übertragen; denn hier wurde eine aufschiebende Bedingung der Nacherbeinsetzung beigefügt, und deshalb muß der Nacherbe den Eintritt der aufschiebenden Bedingung erleben.

Diese recht bedenkliche Entscheidung beruht nur auf einer Dispositivvorschrift. Man wird also in der Praxis durch Willensauslegung darüber hinwegkommen und doch dem Erben des Bruders bei Wiederverheiratung der Witwe die Erbschaft zusprechen können.

Wenn der Nacherbe erst später geboren wird, so kann er natürlich erst nach seiner Geburt eine vererbliche Anwartschaft erwerben.

---

[1]) 3. Aufl. S. 171.

[2]) Vorbereitungsheft.

Eine besondere Dispositivvorschrift gibt § 2107 (vgl. Dig. 38, 1 ad S. C. Treb. fr. 74, A.L.R. I, 12 § 538). Wenn der Erblasser einem Abkömmling, der kinderlos ist, oder wie die Reichstagskommission hineingeschoben hat, vom Erblasser für kinderlos gehalten wird, für die Zeit nach dessen Tode einen Nacherben bestimmt, so wird die Nacherbeinsetzung unwirksam, sobald der Abkömmling nun doch noch Nachkommenschaft hinterläßt. Das entspricht ja im allgemeinen dem Willen des Erblassers, der also einen mittelbaren Abkömmling nicht zu Gunsten eines fremden Nacherben ausschließen wollte.

Auffallend ist, daß auch uneheliche Kinder des Vorerben hier nicht ausgeschlossen sind. Man denke, der Erblasser habe bestimmt: „Da meine Tochter vermutlich nicht mehr heiraten wird, so setze ich sie zwar zur Erbin ein, aber meinen Bruder als ihren Nacherben". Jetzt heiratet die Tochter zwar nicht, aber bekommt ein uneheliches Kind. Hier kann dann der Bruder nicht als Nacherbe eintreten.

Ein Hauptpunkt ist die Grenze für die Zulässigkeit einer Nacherbeinsetzung. Nacherbeinsetzungen dürfen nicht schrankenlos stattfinden. Sonst könnte der Erblasser einen immer währenden Wechsel der Erben herbeiführen, was doch für die Gläubiger ganz außerordentlich unbequem sein würde, außerdem könnte er sein Vermögen in infinitum auf Jahrhunderte hinaus binden und dadurch eine Art Fideikommiß errichten.[1]) Das darf nicht sein. Das römische Recht, Justinian wenigstens, hilft sich bekanntlich damit, daß es nur vier Grade von Nacherbeinsetzungen zuläßt, das preußische Recht läßt nur zwei Grade zu, und Entwurf I wollte nur eine einmalige Nacherbeinsetzung gestatten.

Gegen diesen Vorschlag erhob sich aber die Kritik, namentlich Gierke[2]) und Strohal[3]) tadelten ihn aufs lebhafteste. Mit Rücksicht auf diese Kritik ist in dem B.G.B. die Beschränkung auf eine Gradzahl aufgegeben.[4]) Man kann also nicht bloß einmal, zweimal, sondern unzählige Male Nacherbeinsetzungen im Testament aussprechen, und

[1]) Ein Praktiker teilte mir einen Fall mit, in dem in Pommern ein Erblasser über zweihundert Jahre hinaus über seinen Nachlaß durch Universalfideikommisse verfügt hatte.

[2]) Vgl. Gierke Entwurf 1889, S. 512.

[3]) Vgl. jetzt 3. A. S. 167. Strohal in Iherings Jahrbüchern Bd. XXX S. 168 ff.

[4]) Sie war hart, aber einfacher als der gegenwärtige verkünstelte Rechtszustand. Zu Grunde liegt diesem Rechtszweige ein Anklang an den verblaßten Gedanken des semel heres semper heres: Der Erblasser soll durch seine Verfügungen nicht allzu weit in eine ihm unbekannte Zukunft hineingreifen.

dafür ist im § 2109 nur eine zeitliche Schranke gezogen, nämlich dahin, daß mit dem Ablauf von 30 Jahren seit dem Erbfall die Nacherbeinsetzung unwirksam wird, wenn nicht vorher der Fall der Nacherbfolge bereits eingetreten ist. Von dieser zeitlichen Beschränkung auf 30 Jahre gelten aber zwei Ausnahmen, auf die gleich einzugehen sein wird. Durch diese Beschränkung der Nacherbeinsetzung glaubte man alles wünschenswerte erreicht zu haben.

Man darf jedoch dreist behaupten, daß in der ganzen Lehre von der Nacherbeinsetzung § 2109 am meisten mißraten ist.[1]) Sobald man ihn durchdenkt, kommt man in alle möglichen Schwierigkeiten. Es ist zunächst klar, daß innerhalb eines Zeitraumes von 30 Jahren, den das Gesetz als Maximalzeitraum bezeichnet, der Wechsel unter einer Reihe von Nacherben übermäßig häufig eintreten kann. Hachenburg citiert z. B. den Fall, daß der Erblasser einem Verein angehört, der nicht rechtsfähig ist und also nicht als Erbe eingesetzt werden kann. Nun verfügt er: „Mein Erbe soll immer dasjenige Mitglied sein, welches das älteste im Vereine ist. Dieses soll die Revenüen von meinem Vermögen nach Abzug einer Vergütung für seine Mühewaltung an die Vereinskasse abführen." Das kann sich also 30 Jahre fortsetzen, indem immer, wenn das älteste Vereinsmitglied ausscheidet oder stirbt, ein anderes an die Stelle tritt. Wenn das Glück es will, kann nicht bloß 30 Mal, sondern 60 Mal der Nacherbe wechseln. Das ist für die Gläubiger ganz außerordentlich unbequem. Darum sagt Hachenburg, hätte man besser getan, bei der Zulässigkeit bloß einmaliger Erbeinsetzung stehen zu bleiben. Dieses geht zu weit. Aber auf eine gewisse Gradzahl hätte man die Nacherben wohl beschränken sollen. Warum man nicht bei den 2 Mal des preußischen Rechts oder den 4 Mal des römischen Rechts[2]) stehen geblieben ist, ist nicht wohl einzusehen. Aber was noch schlimmer ist, die Beschränkung auf 30 Jahre mit ihren Ausnahmen ist auch in sich fehlerhaft ausgestaltet. Nach Hachenburg schimmert durch den Wortlaut der Protokolle selber hindurch, daß es der Kommission bei dieser Schöpfung nicht recht wohl war. Sie behauptet trotzdem, ein einfaches Resultat erreicht zu haben. Ich glaube aber, daß man zu einer ganz anderen Ansicht kommen muß.[3]) Die

[1]) Es ist ein Verstoß gegen den Grundgedanken der historischen Schule, nach dem gute Rechtssätze in der Gerichtspraxis allmählich heranwachsen, aber nicht am grünen Tische ausgesonnen werden sollen.

[2]) Eck denkt an das römische Familienfideikommiß.

[3]) In der Einfachheit liegt sicher nicht der Vorzug des Gesetzes, wohl aber in einer gewissen Schmiegsamkeit bei der Durchführung eines Gedankens, die ohne eine gewisse Rücksichtslosigkeit überhaupt nicht möglich war.

zugefügten zwei Ausnahmen sind sehr schwer zu übersehen und zeigen ohne weiteres, daß die Strenge der 30 Jahre in den allerwichtigsten Fällen gar nicht einmal zutrifft, während sie in den Fällen, wo sie zutrifft, sehr ungerecht wirken kann. Die beiden Ausnahmen des § 2109 Nr. 1 und Nr. 2 besagen nämlich, daß die Nacherbeinsetzung trotz des Ablaufs von 30 Jahren seit dem Erbfall doch wirksam bleibt:

1. wenn die Nacherbfolge auf ein in der Person des Vor- oder Nacherben eintretendes Ereignis begründet ist, und derjenige, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, bereits zur Zeit des Erbfalls lebt. „Dann kann", so meint man, „das Ereignis nicht unabsehbar sein, mag es auch nach mehr als 30 Jahren eintreten".[1]) Als ein in der Person des Vorerben eintretendes Ereignis hat man sich besonders seinen Tod gedacht. Der Erblasser hat z. B. seinen bereits geborenen Sohn zum Erben eingesetzt und seinen Vetter als Nacherben. Dann soll auch, wenn der Sohn nach dem Tode des Vaters länger als 30 Jahre lebt, wie es angemessen ist, die Nacherbeinsetzung des Vetters durch das lange Leben des Sohnes nicht unwirksam werden.

Und ebenso steht es, wenn als Bedingung der Nacherbeinsetzung nicht ein in der Person des Vorerben, sondern ein in der Person des Nacherben eintretendes Ereignis gesetzt ist. Wenn der Erblasser z. B. gesagt hat: „Meine Heimatgemeinde soll meine Erbin sein. Wenn aber mein Vetter sich noch verheiratet, soll die Heimatgemeinde die Erbschaft an den Vetter herausgeben". Wenn der Vetter sich nach mehr als 30 Jahren zur Heirat entschließt, tritt die Nacherbfolge doch noch in Kraft, obwohl seit dem Erbfall mehr als 30 Jahre verstrichen waren. Diese Ausnahmen erschienen der Kommission mit Recht unbedenklich, weil hier der Zustand der Gebundenheit der Vorerbschaft ein langes Menschenleben nicht überdauern kann, da ja derjenige, in dessen Person das Ereignis eintreten soll, wie Nr. 1 sagt, zur Zeit des Erbfalls bereits leben muß. Also ist dadurch die Frist, wenn sie sich auf mehr als 30 Jahre erstrecken kann, immerhin eine absehbare. Ist der Vor- oder Nacherbe, in dessen Person ein Ereignis eintreten soll, eine juristische Person, so bleibt es nach Abs. 2 bei den 30 Jahren."[1]) Aber sehr dunkel ist es, wenn man näher darüber nachdenkt, was § 2109 Nr. 1 damit besagt, daß dies nur für ein Ereignis in der Person des Vor- oder Nacherben gelten soll.[2]) Darunter hat man

[1]) Vorbereitungsheft.

[2]) Entscheidend war wohl, daß man solche Ereignisse meinte, die nach dem

natürlich eine Heirat, oder die Erzeugung eines Kindes, oder Erreichung eines gewissen Lebensalters zu verstehen. Dagegen sind z. B. der Ausbruch eines Krieges zwischen Deutschland und Frankreich oder die Rückberufung der Jesuiten nach Deutschland Ereignisse, die nicht in der Person des Vor- oder Nacherben eintreten. Wenn aber nun der Erblasser sagt: „A. soll mein Vorerbe sein, wenn er es aber noch erlebt, daß die Jesuiten nach Deutschland zurückberufen werden, dann soll er sofort die Erbschaft an den Jesuitenorden herausgeben". Dann wird das durch diese Anknüpfung an die Person des A. ein Ereignis, das in der Person des A. eintritt. Dann kann man schließlich jedes Ereignis mit einer Person verknüpfen, dadurch, daß man es auf ihr Erleben abstellt. Man wird sagen müssen, daß auch das Erreichen eines gewissen Lebensalters nichts anderes ist als das Erleben eines gewissen Kalendertages.

Dann aber kommt es schließlich so zu stehen, daß in den praktisch häufigsten Fällen der Nacherbeinsetzung das Entscheidende nicht mehr die Zeitgrenze von 30 Jahren ist, sondern es vielmehr darauf ankommt, daß der Vor- resp. Nacherbe das Ereignis erlebt.

So ist die Fassung, die Nr. 1 braucht, eine nicht befriedigende. Wenn man die Bestimmung weiter durchdenkt, kommt hinzu, daß die Zeitgrenze unter Umständen sehr ungerecht wirken kann. Man setze den Fall, daß der Erblasser die Nacherbeinsetzung gerade erst nach mehr als 30 Jahren in Kraft treten lassen wollte und das bestimmt hat. Ein Erblasser verfügt: „Mein fünfjähriger Neffe soll, damit er erst lerne ordentlich zu arbeiten, meine Erbschaft nicht sofort haben, sondern erst 35 Jahre nach meinem Tode". Nach der Verfügung ist klar, daß dieses Ereignis nicht innerhalb 30 Jahren eintreten kann. Soll nun diese Verfügung von vornherein unwirksam sein, da die Ausnahme der Nr. 1 nicht zutrifft? Oder darf man das dahin umdeuten, daß der Neffe an seinem 40. Geburtstage erben soll?[1]). Hachenburg sagt, man müsse dann die Frist um fünf Jahre reduzieren und dem Neffen schon nach 30 Jahren die Erbschaft geben. Das würde m. E. dem Willen des Erblassers widersprechen.

2. Nach der zweiten Ausnahme unter Nr. 2 des § 2109 bleibt die Nacherbeinsetzung ferner länger als 30 Jahre nach dem Erbfall wirksam, wenn als Nacherbe dem Vor- oder Nacherben künftige Ge-

Tode der Person nicht mehr möglich sind, um den Zeitraum, über den dem Erblasser Verfügungsfähigkeit belassen werden sollte, auf ein Menschenalter einzuschränken.

[1]) Dies würde dem favor testamentarius entsprechen.

schwister, die ihm noch geboren werden sollten, bestimmt sind, oder, wie das B.G.B. sagt, ein Bruder oder eine Schwester. Diese Geschwister brauchen dann nach der Fassung der Nr. 2 nicht schon wie nach Nr. 1 beim Tode des Erblassers am Leben „oder wenigstens empfangen“ [1]) zu sein. Die zeitliche Begrenzung ist hier dadurch gegeben, daß der parens, von dem Geschwister noch erzeugt werden können, bestimmt ist.

Hier hat ein Fall, der praktisch nicht selten ist, der Kommission vorgeschwebt; daß nämlich der Erblasser alle Kinder, die von einer Person geboren werden, als Nacherben einsetzt. Dann sind eben die, welche nach seinem Tode geboren werden, Nacherben als nondum concepti.

Folgenden Fall teilt Strohal [2]) aus der Praxis mit. „Meine Erbschaft soll zunächst A. zufallen, nach dessen Tode zu gleichen Teilen den Kindern des B., und in der Art, daß die beim Tode des A. zum Erbe gelangenden Kinder des B. an die etwa noch nachgeborenen Geschwister die entsprechenden Portionen abzugeben haben.“

Aber diese Beschränkung auf Geschwister ist doch merkwürdig willkürlich und kasuistisch.

Nehmen wir an, der Erblasser habe verfügt: „A. soll mein Erbe sein. Wenn aber wider Verhoffen mein liederlicher Neffe einen ordentlichen Lebenswandel beginnen und ein eheliches Kind erzeugen sollte, so soll die Erbschaft diesem Kinde meines Neffen zufallen.“ Der Neffe, der beim Tode des Erblassers noch nicht 20 Jahre ist, beginnt gleich nach dem Tode des Onkels einen ordentlichen Lebenswandel, heiratet 25 Jahre (nach dem Tode) darauf, also im Alter von 45 Jahren, und bekommt sechs Jahre später, somit 31 Jahre nach dem Tode des Onkels ein Kind. Kann das Kind noch etwas bekommen? Da es nicht Bruder oder Schwester eines Vor- oder Nacherben ist, tritt die Nacherbeinsetzung nicht mehr in Kraft. Es ist zu spät dafür. Der Neffe hätte das Kind schon ein Jahr früher bekommen sollen. Dagegen, wenn der Erblasser so gesagt hätte: A. soll mein Erbe sein. Wenn ihm aber noch ein Bruder geboren werden sollte, und der Bruder wird nach mehr als 30 Jahren hinter dem Tode des Erblassers geboren, dann würde die Ausnahme der Nr. 2 platzgreifen. Dann wäre der nachgeborene Bruder Nacherbe.

Man wird auch dies nicht befriedigend finden können.

---

[1]) Vorbereitungsheft.

[2]) 1. Aufl. S. 34, 3. Aufl. S. 169.

Hachenburg hatte vorgeschlagen, die Erbeinsetzung künftiger Personen auf Kinder von solchen, die beim Tode des Erblassers bereits leben, zu beschränken, Strohal, statt 30 Jahre 40 Jahre zu sagen. Aber auch darauf hat man nicht gehört.[1])

b) Rechtsstellung des Vorerben und des Nacherben.

§ 20.

Man muß sich von vornherein deutlich machen, daß der Gesetzgeber in Bezug auf die Rechtsstellung des Vorerben und damit auch des Nacherben zu ganz verschiedenen Ergebnissen kommt, je nachdem er überwiegend die fideikommissarische Substitution, das ist die „gewollte Nacherbfolge„[2]) vor Augen hat oder aber jene ungewollte, mit Hachenburg zu reden, bloß konstruktive Substitution oder Vorerbschaft. Bei der fideikommissarischen Substitution will der Erblasser, in der Regel dem Vorerben, nur die Verfügung von Todes wegen entziehen, etwa weil er kinderlos ist oder aus andern Gründen. Daher entspricht es hier dem Willen des Erblassers, daß der Vorerbe, der Fiduziar, bei Lebzeiten möglichst frei gestellt sei, möglichst volle Verfügungsmacht habe. Ein ganz anderes Bild aber ergibt sich, wenn der Vorerbe bloß kraft Gesetzes „ohne Willen des Erblassers" eintritt, bei der konstruktiven Vorerbschaft. Dann ist gar kein Grund vorhanden, diesen Vorerben möglichst frei zu stellen. Da das Gesetz ihn ohne den Willen des Erblassers einschiebt, könnte der Vorerbe hier in seiner Verfügungsmacht recht beschränkt sein.[3]) So ergaben sich auch in der Kommission zwei Strömungen entgegengesetzter Richtung (indem die eine Hälfte der Kommission jene Gruppe und die andere Hälfte die zweite Gruppe von Fällen der Nacherbfolge vor Augen hatte).[4])

Im Entwurf I war der Vorerbe wie ein bloßer Nießbraucher gestellt, also ganz außerordentlich vinkuliert, ohne alle Verfügung über die

---

[1]) M. E. darf man von derartigen Schranken der Verfügungsgewalt, die irgendwo eine willkürliche Grenze abstecken müssen, nicht verlangen, daß sie in allen einzelnen Fällen befriedigen.

[2]) Vorbereitungsheft.

[3]) Auch hier wäre denkbar, daß das Gesetz in solchem Falle dasselbe bezweckt, was im vorhergehenden als Absicht des Erblassers hingestellt wurde.

[4]) Der Gegensatz beruht wohl auch auf der Interessenkollision unter den Vorerben und den Nacherben und auf der Neigung, die eine der beiden Parteien einseitig zu bevorzugen. Die Rücksicht auf die redlichen Dritten, die im römischen Rechte bekanntlich wenig entwickelt war, gibt im heutigen Rechte zu Gunsten der Verfügungsgewalt des Vorerben den Ausschlag.

Substanz, wie das im römischen Recht am stärksten ausgesprochen ist, wo der Vorerbe gar nichts veräußern darf. Das preußische Recht (§ 466 A.L.R. I 12) sagte, er habe Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers. Das war ein System des Mißtrauens, ein System, für das der Gedanke bestimmend war, daß der Vorerbe die Erbschaft ausplündern könnte.

Wenn z. B. ein kaufmännisches Geschäft zur Vorerbschaft gehört, und der Vorerbe über kein Stück der Substanz verfügen kann, so ist es eine wahre Strafe für ihn, eine solche Vorerbschaft zu verwalten. Das B.G.B. ist von diesem letzteren Gedanken abgegangen und hat umgekehrt ein System des Vertrauens in den Vorerben aufgestellt, namentlich in den §§ 2111 und 2112. Die Erbschaft wird da als ein Ganzes mit Surrogationsprinzip aufgefaßt. Nach § 2111 gehört zu ihr alles, was der Vorerbe auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt.

Eben darum, weil das alles in die Erbschaft hineinfällt, kann der Vorerbe auch frei verfügen, nur mit den in den §§ 2113—2115 gegebenen Beschränkungen. Um es prinzipiell auszudrücken, der Vorerbe hat volle Verwaltungs(Freiheits)macht, und er hat auch nicht unbedingt die Pflicht, zu inventarisieren, sondern nur, wenn der Nacherbe es verlangt (§ 2121). Darauf ist später zurückzukommen. Ferner hat der Vorerbe, ebenso wie der Nießbraucher, nicht ohne weiteres die Pflicht zur Sicherheitsleistung. Diese kann der Nacherbe nur verlangen, wenn er durch die Vermögenslage oder das Verhalten des Vorerben gefährdet wird (§ 2128). Wenn ein Nacherbe zunächst nicht vorhanden ist, wie es beim nondum conceptus immer zutrifft, so ist keiner da, der dieses Verlangen auf Inventarisierung oder Sicherheitsleistung stellen kann;[1]) der Vorerbe ist da prinzipiell unbeschränkt. Bei der Herausgabe, auf die noch nachher näher einzugehen sein wird, tritt für alles, was bei ordnungsmäßiger Verwaltung vorhanden sein müßte, eine Herausgabepflicht, unter Umständen eine Wertsersatzpflicht des Vorerben ein. So steht also das Vorerbrecht selbständig und frei da.

Aber daneben bestehen allerdings gewisse Verfügungsschranken oder unmittelbare Schutzrechte des Nacherben, der nicht auf eine bloß

[1]) So auch bei der zur Nacherbin eingesetzten Stiftung. Doch kann für eine solche zukünftige Person ein Pfleger ernannt werden und die Inventarisation verlangen.

obligatorische Anwartschaft beschränkt sein, sondern schon ein dingliches Recht an der Vorerbschaft haben soll.

Es sind das vier Ausnahmen, die, wie Hachenburg betont, mit großer Feinheit ausgesonnen und formuliert sind.[1])

1. § 2113 Abs. 1 bezieht sich auf Grundstücke und grundbuchmäßige Rechte.

§ 52 der Gr.B.O. bestimmt, daß bei der Eintragung des Vorerbenrechts zugleich auch das Nacherbenrecht aufzunehmen ist. Auch die Befreiungen sind von Amts wegen einzutragen. In Preußen mußte bekanntlich der Nacherbe darauf dringen, daß sein Nacherbenrecht eingetragen werde.

Im § 2113 Abs. 1 heißt es nun, daß Verfügungen des Vorerben über ein Erbschaftsgrundstück oder grundbuchmäßige Rechte etwa Bestellung einer Hypothek oder Aufgabe eines Rechtes am Grundstück, etwa Cession einer eingetragenen Hypothek oder Löschung der Hypothek, die auf ein fremdes Grundstück eingetragen ist, bei Eintritt der Nacherbfolge in soweit unwirksam sind, als diese Verfügungen das Recht der Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden. Diese Wendung kehrt noch öfters wieder. Damit ist eine relative Unwirksamkeit der Verfügungen des Vorerben ausgesprochen. Soweit sie dem Nacherben entgegenstehen würden, braucht dieser sie nicht gegen sich gelten zu lassen. Wenn z. B. der Vorerbe eine Hypothek hat eintragen lassen, so braucht der Nacherbe sie nachher nicht anzuerkennen, soweit sie ihn beeinträchtigen würde, also selbst dann nicht, wenn etwa der Wert im Nachlaß vorhanden ist. Er kann Löschung der Hypothek verlangen, ihre Geltung abwehren, ebensogut die zedierte Hypothek wieder an sich ziehen usw.

Jedoch fügt § 2113 Abs. 3 hinzu, daß die Vorschriften zum Schutze Dritter, die von einem Nichtberechtigten Rechte herleiten, hier Anwendung finden. Bei grundbuchmäßigen Rechten würde diese Ausnahme des Abs. 3 nicht von großer Tragweite sein. „Sie ist nur bei versäumter Eintragung anwendbar."[2]) Wenn die Rechte[3]) eingetragen sind, darf ein Dritter nicht ohne Kenntnis davon sein.

Nach § 2114 soll einerseits dem Vorerben bei Hypothekenforderungen, die zur Vorerbschaft gehören, doch Kündigung und sogar Einziehung frei dastehen, aber andererseits doch nur in der Weise, daß an ihn bloß mit Zustimmung des Nacherben das Hypothekenkapital

[1]) Aber natürlich nicht ohne eine gewisse Willkür, die allen derartigen Schranken anhaftet.

[2]) Vorbereitungsheft.

[3]) „des Nacherben"?

gezahlt oder für ihn und den Nacherben hinterlegt werden kann. So kann der Nacherbe nicht geschädigt werden.

2. Eine zweite Schranke ist in den §§ 2116—2118 gegeben. Auch bei gewissen Mobiliarwerten, welche zu fester Kapitalanlage dienen, kann der Nacherbe Ausschließung der Verfügungsmacht des Vorerben herbeiführen, eine gewisse Sperre. Nach § 2116 muß der Vorerbe auf Verlangen des Nacherben Inhaberpapiere und Ordrepapiere, die in blanco giriert sind, bei der Reichsbank oder einer Hinterlegungsstelle hinterlegen mit der Bestimmung, daß die Herausgabe nur an ihn, den Vorerben und den Nacherben gemeinsam erfolgen kann. Indessen kann nach § 2117 der Vorerbe diese Hinterlegung, wenn sie ihm lästig ist, dadurch vermeiden, daß er die Papiere auf seinen Namen umschreiben oder daß er sie in Buchschulden des Deutschen Reichs oder eines deutschen Bundesstaates verwandeln läßt, aber wieder nur mit der Bestimmung, daß er über sie nicht anders als mit Zustimmung des Nacherben verfügen kann. Es wird hier eine Mitberechtigung des Nacherben in Bezug auf einzelne Stücke schon jetzt geschaffen, ungefähr wie eine Ehefrau bei der Verfügung über gewisse Stücke des Eingebrachten mitberechtigt sein kann, über die der Mann nicht anders als mit ihrer Zustimmung verfügen darf. Hier wird die Folge sein, daß, wenn der Vorerbe solche Papiere kündigt oder etwa das vom Schuldner gekündigte Kapital einzieht, dies dem Nacherben nicht entgegensteht, und daß, wenn der Vorerbe eine Zession an einen Dritten vornimmt, diese dem Nacherben gegenüber ohne Wirkung ist. Hier fehlt dem Vorerben die Verfügungsbefugnis, und zwar ist nicht gesagt, daß sie nur dem Nacherben gegenüber nicht besteht. Die Verfügung ist vielmehr absolut unwirksam. Darum kann auch der Vorerbe selbst, wenn ihn die Verfügung gereut, ihre Unwirksamkeit geltend machen. Nur müßte er Schadensersatz leisten. „Alles dies bezieht sich nicht auf bloße Legitimationspapiere, z. B. Sparkassenbücher.“ [1])

3. Eine dritte Schranke enthält § 2113 Abs. 2. Das gleiche wie von Verfügungen eines Vorerben über Grundstücke gilt von unentgeltlichen Verfügungen über irgend einen Erbschaftsgegenstand, ohne Rücksicht auf den Wert desselben. Hier ist die causa der Ausnahme nicht das Objekt, sondern der Charakter der Verfügung, die als unentgeltliche der Schranke unterliegt.[2])

[1]) Vorbereitungsheft.

[2]) Eine derartige Zurücksetzung der Beschenkten gegen die entgeltlichen Erwerber sind nicht ohne Seitenstück. Man denke an die alienatio in fraudem cre-

Nur Schenkungen zur Erfüllung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht sind ausgenommen. Im übrigen aber fallen alle Arten unentgeltlicher Verfügungen unter diese Beschränkung, nicht bloß Einräumung eines Aktivum an einen Dritten schenkungshalber, sondern auch Befreiung eines Dritten von einem Passivum schenkungshalber. Die Wirkung ist gerade wie bei den grundbuchmäßigen Rechten relative Unwirksamkeit; denn das Gesetz sagt: „das gleiche gilt", d. h. auch diese unentgeltlichen Verfügungen sind insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden. Die Schenkung ist also nicht nichtig, auch nicht durch den Nacherben anfechtbar, aber sie ist dem Nacherben gegenüber nicht geltend zu machen; inter partes, zwischen dem Nacherben und dem Beschenkten besteht diese relative Unwirksamkeit. Der Nacherbe kann daher, sobald die Nacherbfolge in Kraft getreten ist, von dem Geschenknehmer Herausgabe fordern und dieser kann sich auf die Wirksamkeit des Geschenks nicht berufen.

Hat also der Vorerbe etwa Erbschaftsforderungen verschenkt, und dann der Beschenkte sie eingezogen, dann muß der Beschenkte das Eingetriebene herausgeben. Dagegen kann der Nacherbe sich bloß an den Beschenkten halten, der liberierte Drittschuldner aber wird keiner Klage des Nacherben unterliegen. Denn es heißt, daß eine Verfügung nur insoweit unwirksam ist, als sie den Nacherben beeinträchtigen würde.

Aber[1]) — und hier tritt § 2113 in ein besseres Licht, als bei den grundbuchmäßigen Rechten — sogar der Beschenkte selber ist „bei Inhaberpapieren" von der Haftung gegenüber dem Nacherben frei, wenn er in gutem Glauben erwirbt. Die Zugehörigkeit einer durch Rechtsgeschäft erworbenen Forderung „dieser Art" zur Erbschaft hat der Erwerber erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis erlangt. Wenn der Beschenkte ohne Kenntnis davon, daß der Gegenstand zur Nachlassenschaft gehört, ihn sich hat schenken lassen, dann kann er vom Nacherben nicht belangt werden. (§ 935 Abs. 2.) Dadurch werden allerdings die Nacherben schwer gefährdet. Hat der Nacherbe dem Vorerben Wertpapiere in Händen gelassen, statt ihre Hinterlegung zu fordern, und der Vorerbe verschenkt sie nach allen Seiten, ohne daß die Beschenkten etwas davon wissen, daß diese Wert-

ditorum, zu Gunsten eines redlichen Beschenkten. Ein bekanntes Sprichwort lautet: Donatio pro dolo est.

[1]) Ob die in Anführungszeichen gesetzten eingeschobenen Worte richtig sind, ist nicht sicher. Ohne sie war die Nachschrift unverständlich.

papiere zu einer Vorerbschaft gehören, dann kann der Nacherbe gegen diese gutgläubig Beschenkten nicht mehr vorgehen.

Man denke sich etwa folgenden Fall. Es ist jemand als Vorerbe eingesetzt, aber hinzugefügt, wenn er in ein Kloster geht, so solle er die Erbschaft an X. herausgeben. Jetzt entschließt sich der Vorerbe wirklich, in ein Kloster zu gehen, aber vorher verschenkt er die ganze Erbschaft, die er in Händen hat, an eine fromme Stiftung, womöglich an dasselbe Kloster, in das er nachher eintritt. Der Nacherbe kann dann freilich die Schenkung, soweit sie ihm entgegensteht, als unwirksam behandeln, aber doch wird er ausgeschlossen, wofern das Kloster keine Kenntnis davon hatte, daß die ihm geschenkten Wertpapiere zur Vorerbschaft gehörten.

Wenn der Vorerbe das dem Kloster nicht geradezu mitteilt, wird es den Nacherben mit der Einrede des guten Glaubens zurückschlagen können.

4. Die vierte und letzte Schranke zieht § 2115. Während der Vorerbe selber den bisher angegebenen drei Schranken unterliegt, so unterliegen auch seine Gläubiger mit ihrem Zugriff auf die Vorerbschaft gewissen Schranken. Nach § 2115 Abs. 1 darf die Vorerbschaft ihnen nicht als Beute anheimfallen. Deswegen sind alle Vollstreckungshandlungen der Gläubiger oder Verfügungen des Konkursverwalters in soweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden. Das ist noch näher ausgeführt in C.P.O. § 773, K.O. § 128. Im § 773 C.P.O. wird dem Nacherben nicht erst bei Eintritt des Falls der Nacherbfolge, sondern schon sobald die Vollstreckungshandlungen in die Gegenstände der Vorerbschaft vorgenommen werden, ein Widerspruchsrecht eingeräumt. Dabei aber — das ist besonders zu betonen — darf man nicht etwa in den Irrtum verfallen, daß ein richterliches Urteil, das eine Willenserklärung des Verurteilten ergänzt, z. B. auf Übergabe einer verkauften Sache, ebenfalls zu den Zwangsvollstreckungen zu zählen ist.[1]) Wenn der Gerichtsvollzieher die Sachen wegnimmt, so ist die Übergabe bewirkt worden. Hierin liegt jedoch (zunächst) kein Akt der Zwangsvollstreckung, sondern eine Willenserklärung, surrogiert durch richterliches Urteil.

Anders bestimmt § 2115 Satz 2, wenn der Gläubiger des Vorerben entweder Nachlaßgläubiger war oder ein solches Recht hatte, das auch dem Nacherben gegenüber wirksam war. Wenn z. B. der Vorerbe eine Hypothek auf das Erbschaftsgrundstück gelegt hatte, aber mit Zu-

[1]) Vgl. Strohal 3. Aufl. S. 183 Anm. 32 über Prot. V S. 113.

stimmung des Nacherben, so kann der Nacherbe Vollstreckungshandlungen nicht widersprechen; denn er muß auch diese Handlung gegen sich gelten lassen.

Wenn aber ein dritter in der Zwangsversteigerung eine Sache, die durch einen Gerichtsvollzieher aus der Vorerbschaft weggenommen und versteigert worden ist, gutgläubig erworben hat, so muß er sich auf seinen guten Glauben berufen dürfen, wenn auch § 2113 Abs. 3 in 2115 nicht wiederholt ist und die Materialien darüber keine Auskunft geben, weshalb dies unterlassen wurde.

Abgesehen von diesen vier Beschränkungen hat also der Vorerbe freie Verfügung über den Nachlaß. Nur einige Pflichten sind ihm noch auferlegt:

Nach § 2119 darf er Gelder, die dauernd anzulegen sind, nur wie Mündelgelder anlegen.

Nach § 2120 ist der Nacherbe verpflichtet, zu Akten ordnungsmäßiger Verwaltung des Vorerben seine Zustimmung zu erteilen. Besondere Vorschriften sind für die Fälle getroffen, in denen ein Wald oder ein Bergwerk zur Vorerbschaft gehört. Hier hat der Vorerbe einen Wirtschaftsplan aufzustellen und nach diesem Wald und Bergwerk zu benutzen.

Weiter bestimmen § 2124 und § 2125, daß der Vorerbe zwar die gewöhnlichen Erhaltungskosten für die Gegenstände der Vorerbschaft selbst zu tragen hat, aber weiter gehende Aufwendungen nicht zu machen braucht. Diese kann er, falls er sie für erforderlich halten darf, aus der Erbschaft bestreiten, oder wenn er sie schon aus eigenen Mitteln bestritten hat, nach den Regeln über Geschäftsführung, ersetzt verlangen; nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag hat der Geschäftsführer nur Anspruch auf Ersatz, wenn er nach dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn gehandelt hat (§ 677). Darum muß wohl ein Pfleger für ein noch gar nicht konzipiertes Kind[1]) bestellt werden, um von diesem den Konsens zu erhalten.

§ 2124 und § 2125 sagt, daß, wenn der Vorerbe nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag keinen Ersatzanspruch haben würde, er auch vom Nacherben keinen Ersatz verlangen kann. Wenn er z. B. ein altmodisches Haus, das zur Vorerbschaft gehört, abreißen läßt und eine wunderschöne Villa dafür hinbaut, kann er nicht Ersatz verlangen, wenn er nicht zu beweisen vermag, daß das dem mutmaßlichen Willen des Nacherben entsprach. Außerdem ist in den §§ 2127

[1]) Oder eine noch nicht bestätigte Stiftung, die Nacherbin sein soll.

bis 2129 bestimmt, daß der Nacherbe immer Auskunft über den Bestand der Vorerbschaft verlangen kann, unter Umständen auch Sicherheitsleistung, nämlich wenn das Verhalten des Vorerben oder dessen ungünstige Vermögenslage die Rechte des Nacherben gefährdet. Endlich kann der Nacherbe es sogar bis zur Entziehung der Verwaltung, die der Vorerbe hat, treiben, also Sequestration erzielen. Dann ist der Vorerbe außer Stande, weiter zu verfügen.

Wenn der Restitutionsfall eintritt, ist der Vorerbe nach § 2130 verpflichtet, die Erbschaft in dem Zustande herauszugeben, der sich bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten ordnungsmäßigen Verwaltung für die Erbschaft ergeben würde. Daraus ergibt sich, daß die Gegenstände, die seit Beginn der Vorerbschaft vorhanden sind, in natura herausgegeben werden müssen, die an Stelle der veräußerten erworbenen Gegenstände ebenso in natura; wenn aber keine substituiert worden sind, muß der Vorerbe Ersatz leisten.

Endlich muß er nach § 2134 für alles Ersatz leisten, was er für sich verwendet hat oder was durch sein Verschulden verloren gegangen ist.

Zweifelhaft ist, für welches Verschulden der Vorerbe zu haften habe. Nach § 2131 nur für diejenige Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, also nur für diligentia quam suis rebus adhibere solet. Das ist kaum zu vereinigen mit dem Postulat, der fortgesetzten ordnungsmäßigen Wirtschaft und der Pflicht herauszugeben, was bei einer solchen vorhanden sein würde oder zu verhüten war, auch nicht damit, daß der Vorerbe die Gelder ebenso sicher anlegen soll, wie der Vormund die Mündelgelder anzulegen hat.

Der Vorerbe hat Forderungen, die zur Vorerbschaft gehörten, leichtsinnig verjähren lassen, hat die Auslosungen von Obligationen nicht kontrolliert, ausgeloste Obligationen nicht einkassiert. Er beruft sich mit Erfolg darauf, er habe es mit seinen eigenen Papieren genau so nachlässig gemacht. Hat er dagegen die Erbschaftsgelder in Papieren angelegt, die er für sicher hielt, die aber nicht mündelsicher waren, so muß die Entscheidung umgekehrt lauten, obwohl er die Erbschaftsgelder gerade so gut angelegt hat, wie seine eigenen. Beim Einkauf von Papieren wird er also strenger behandelt, als beim Verkauf. Man wird deshalb den § 2131 wohl einigermaßen restriktiv interpretieren müssen, da er den Nacherben schwer gefährdet.[1])

[1]) Die getadelte Vorschrift ist klar. Ich finde ihre Einschränkung bedenklich. Strohal 3. Aufl. S. 177, führt sie ohne jede Beschränkung an.

Wir haben aber schon gesehen, daß der Nacherbe nach § 2128 Sicherheit begehren kann, sobald er irgendwie gefährdet ist, selbst wenn der Vorerbe die Erbschaft ebenso nachlässig verwaltet, wie sein eigenes Vermögen. Weil das B.G.B. in den Vorerben ein so großes Vertrauen setzt, daß es ihm die freieste Verfügung gestattet (abgesehen von einigen Beschränkungen), müßte er um so mehr obligatorisch verpflichtet sein, wie ein ordentlicher Wirtschafter zu verfahren.

Endlich kann der Erblasser noch besondere Bestimmungen nach den beiden entgegengesetzten Seiten hin treffen; er kann den Vorerben mehr beschränken oder noch freier stellen wie das B.G.B. Das erstere, indem er z. B. einen Testamentsvollstrecker ernennt und ihm die ganze Verwaltung des Vermögens bis zum Fall der Nacherbfolge überträgt. Dann erhält der Vorerbe nur die Revenuen. „So bei künftigen Nacherben.“[1]) Der Erblasser kann noch einen Schritt weiter gehen und sogar die Revenuen für den Nacherben zurücklegen lassen (namentlich wenn dieser ein noch zu erwartendes Kind ist). Dann bleibt dem Vorerben nur die Hoffnung, daß das erwartete Kind nicht geboren wird. Denn sobald es feststeht, daß das Kind nicht mehr kommen kann, erhält er die freie Verfügung über das Vermögen.

Natürlich kann der Erblasser nach der entgegengesetzten Seite den Vorerben auch freier stellen, als das Gesetz es tut.

Die §§ 2136—2138 behandeln diese durch besondere Verfügungen gewährte freiere Stellung des Vorerben. Es ist dabei sehr bemerkenswert, daß § 2136 sagt, daß der Erblasser den Vorerben von den und den Beschränkungen und Verpflichtungen befreien kann; aber unter den Beschränkungen stehen zwei nicht, die Beschränkung der unentgeltlichen Verfügungen (§ 2113 Abs. 2) und diejenige der Zwangsvollstreckungshandlungen der Gläubiger (§ 2115).

Diese beiden Schranken bleiben daher unabläßig gezogen. Das kann nun freilich für den Vorerben sehr beengend sein. Fraglich ist, ob das wirklich dem Willen des Erblassers entspricht, daß, wenn er einen Vorerben ernennt und ihn nur verpflichtet, den Überrest dem Nacherben herauszugeben,[2]) nachher jede Schenkung, die der Vorerbe einem guten Freunde machte, trotzdem insoweit unwirksam bleibt, als sie den Nacherben beeinträchtigen würde. Hachenburg hat darum den Gedanken angeregt, daß man hier dem Nacherben nur ein subsidiarisches Anfechtungsrecht geben müsse, wofern er von dem Vorerben nicht Ersatz

[1]) Vorbereitungsheft.

[2]) Das Vorbereitungsheft erinnert hier an das römische fideicommissum eius quod supererit.

erhalten kann. Darauf hat man aber keine Rücksicht genommen. Auch wenn der Nacherbe bloß auf den Überrest berufen ist, bleibt der Vorerbe in Bezug auf Schenkungen geknebelt. Auch Zwangsvollstreckungshandlungen der Gläubiger kann der Nacherbe durch Widerspruch lahmlegen.

Mit Eintritt des Falls der Nacherbfolge hört nun nach § 2139 der Vorerbe ohne weiteres auf, Erbe zu sein, und an seiner Stelle wird der Nacherbe Erbe. Ohne Sang und Klang, ohne einen Restitutionsakt, wie das römische Recht ihn fordert, vollzieht sich dieser Wechsel. Hier zeigt sich eben praktisch, daß das Vorerbenrecht nur ein innerlich und „zeitlich“ [1]) begrenztes war, welches nun durch das Nacherbenrecht abgelöst und ersetzt wird. Natürlich kann der Nacherbe die Erbschaft immer noch ausschlagen, das sagt § 2142 zum Überfluß ausdrücklich. Dann verbleibt natürlich die Erbschaft dem Vorerben. Schlägt aber der Nacherbe nicht aus, dann erlangt er das Erbrecht nicht, wie man bei oberflächlicher Betrachtung denken könnte, als Rechtsnachfolger des Vorerben, sondern er erlangt das Erbrecht unabhängig von dem Willen des Vorerben, er erlangt es kraft seiner Einsetzung durch den Erblasser, gleichsam ex pacto et providentia testatoris. Darum ist er an die Verfügungen des Vorerben nicht weiter gebunden als dessen Verfügungsmacht über die Erbschaft reichte. Also muß der Nacherbe zwar die vom Vorerben vorgenommenen Veräußerungen und Belastungen von Mobilien oder die Einziehung von Forderungen, die Zession von Forderungen oder die Anerkennung von Nachlaßschulden gelten lassen, dagegen nicht Verfügungen über grundbuchmäßige Rechte, über die der Vorerbe nicht zu seinem, des Nacherben, Nachteil disponieren konnte. Für Prozesse, die der Vorerbe um Erbschaftsrechte geführt hat, und rechtskräftige Urteile, die für oder gegen den Vorerben ergangen sind, bedarf es einer besonderen Bestimmung um zu verhüten, daß die doppelte Prozeßführung nötig ist, daß nicht derjenige, der in dem Prozeß vom Vorerben überwunden ist, dieselbe Sache zum zweiten Male gegen den Nacherben geltend macht.

Es kommen also die günstigen Urteile dem Nacherben zugute oder, wie Hachenburg es ausdrückt, den guten Tropfen gibt man ihm zu trinken. Wie steht es aber mit dem bösen Tropfen, mit den Urteilen, die zu Ungunsten des Vorerben ergangen sind? Darüber bestimmt § 326 Abs. 2 analog dem Abs. 1 desselben Paragraphen der C.P.O., mit dem Vorbehalt, daß gegen den Nacherben ein Urteil nur insofern wirkt,

[1]) Vorbereitungsheft.

als der Vorerbe auch befugt war, ohne Zustimmung des Nacherben zu verfügen, also in Bezug auf Mobilien und Forderungen auch gegen den Nacherben. Dagegen, wenn der Vorerbe z. B. sich eine Grunddienstbarkeit von einem andern hat abstreiten lassen und unterlegen ist, so wirkt das Urteil gegen den Nacherben nicht, weil über grundbuchmäßige Rechte der Vorerbe nicht disponieren konnte. Ein günstiges Urteil über Grunddienstbarkeiten würde dem Nacherben nützen, ein ungünstiges dagegen nicht schaden.

Aber auch für den Fall, daß schon während des Prozesses, also vor rechtskräftiger Entscheidung zwischen Vorerben und dem Dritten der Nacherbfall eintritt, bestimmt die C.P.O. § 242. War der Vorerbe befugt, ohne Zustimmung des Nacherben über den Gegenstand zu verfügen, so tritt, „ebenso wie beim Tode einer Partei“ [1]) eine Unterbrechung des Verfahrens bis zu dessen Aufnahme durch den Nacherben ein.

Für den Fall, daß der Vorerbe nicht befugt war, ohne Zustimmung des Nacherben über den Prozeßgegenstand zu verfügen, trifft § 242 der C.P.O. keine Bestimmung. Man wird annehmen müssen, daß dann der Prozeß, während dessen er schwebt, erlischt, etwa so, wie eine vom Konkursverwalter erhobene Anfechtungsklage erlischt, wenn während ihres Schwebens der Konkurs sein Ende erreicht. Dann wird es allerdings zu einem zweiten Prozeß kommen, den der Nacherbe erheben kann.

Aber auch bei Rechtsgeschäften des Vorerben können Schwierigkeiten daraus erwachsen, daß der Vorerbe oder ein Dritter um den Eintritt der Nacherbfolge zur Zeit des Rechtsgeschäfts noch nichts wußte. Z. B. kann die Geburt des Nacherben, der einstweilen noch nicht geboren war, dem Vorerben möglicherweise unbekannt bleiben. Dann ist der Nacherbfall schon eingetreten. Besonders kann dritten Personen das Existentwerden des Nacherben und der Eintritt des Nacherbfalls unbekannt bleiben.

Für diesen Fall wird nach § 2140 die Verfügungsmacht des Vorerben über die Dauer seiner Erbenqualität hinauserstreckt, nämlich solange, bis er von dem Eintritt des Nacherbfalls Kenntnis hat oder haben muß.[2]) Das kommt dann auch dritten Personen zu gute, die sich mit dem Vorerben in Geschäfte einlassen, jedoch nicht einem solchen Dritten, der seinerseits den Eintritt des Nacherbfalls kannte oder kennen mußte. Das ergibt sich aus der Fassung des Gesetzes als Ausnahme, und es muß dem Dritten bewiesen werden, daß er von dem Eintritt des Nacherbfalls Kenntnis hatte oder Kenntnis haben mußte.

[1]) Vorbereitungsheft.

[2]) Ein Seitenstück des Rechts der Vollmacht. § 169.

Können nun aber mit diesem Eintritt des Nacherbfalls die Erbschaft und das eigene Vermögen des Vorerben von selber wieder getrennt werden, so erhebt sich natürlich auch noch die Frage nach dem Schicksal der inzwischen durch Konfusion erloschen gewesenen Rechte, die zwischen dem Erblasser und dem Vorerben bestanden. § 2143 antwortet etwas weitgehend: „Solche Rechtsverhältnisse gelten als nicht erloschen." [1])

Das klingt doch geradezu wie ein Gebot der Rückwirkung. Sie gelten, als wären sie nicht erloschen gewesen, sagt der Wortlaut. Aber das kann unmöglich vom B.G.B. gemeint sein, daß diese confusio der Rechte, die vielleicht Jahrzehnte hindurch bestanden hat, rückwärts wieder weggewischt werden sollte. Sollte z. B. der Vorerbe den Anspruch, den er gegen den verstorbenen Erblasser hatte, verlieren, weil er nun nach dem Eintritt der Nacherbfolge als gar nicht erloschen gewesen gilt, sondern vielleicht während der Zeit, wo der Vorerbe in einer Person Gläubiger und Schuldner war, verjährte? Das wäre doch außerordentlich unbillig. Umgekehrt setze man den Fall: der Erblasser war Gläubiger des Vorerben und hatte ein Wechselakzept von diesem in Händen. Nun ist der Erbfall eingetreten. Zwischen der Zeit, wo das Wechselakzept fällig wurde, und dem Augenblick, wo der Nacherbfall eintrat, sind mehr als drei Jahre verstrichen. Daß nun der Wechselanspruch verjährt sei, weil er inzwischen nicht geltend gemacht wurde, kann das B.G.B. nicht gemeint haben, sondern es kann nur gewollt sein, daß die erloschen gewesenen Rechte jetzt wieder neu entstehen, daß sie mit dem Eintritt des Nacherbfalls wieder ins Leben gerufen werden. Anders ausgedrückt, die ganze Zwischenzeit der Vorerbenstellung muß ausgeschaltet werden,[2]) und die Rechtsbeziehungen, die zwischen dem Erblasser und dem Vorerben bestanden, treten neu ins Leben zwischen dem Vorerben und dem Nacherben.

Freilich kann das nun nicht auch gegen dritte Personen gelten. Wenn z. B. der Nacherbe ein vom Erblasser erworbenes Wechselakzept des Vorerben im Nachlaß des Vorerben findet, das dieser hat liegen lassen, und darüber mehr als drei Jahre verstrichen sind, ohne daß Protest erhoben worden ist, so können unmöglich die Indossanten des Erblassers regreßpflichtig sein, weil der Vorerbe sein ererbtes Regreßrecht gegen

[1]) Vorsichtiger wohl A.L.R. I, 16 § 481 „Vorbereitungsheft".

[2]) M. E. kann für den Inhalt der wiederauflebenden Schuld die Zwischenzeit nicht völlig bedeutungslos sein (z. B. nicht für den Zinsenlauf).

die Vormänner des Erblassers hat erlöschen lassen. Hier wird der Nacherbe ersatzpflichtig sein.[1])

Endlich kommt die Haftung des Nacherben für die Nachlaßschulden in Frage. Im allgemeinen tritt der Nacherbe für die Nachlaßschulden ein und der Vorerbe wird frei. Selbst wenn der Vorerbe aus der Erbschaft schon verurteilt war und nun der Nacherbfall eintritt, so muß der Gläubiger den dadurch neu entstandenen Einwand, daß inzwischen seine Schuld erloschen war, nach § 767 der C.P.O. geltend machen können.

Zur Orientierung der Gläubiger schreibt § 2146 vor, daß der Vorerbe verpflichtet ist, den Eintritt der Nacherbfolge unverzüglich dem Nachlaßgericht anzuzeigen, und das Nachlaßgericht die Einsicht dieser Anzeige jedem zu gestatten hat, der ein rechtliches Interesse glaubhaft macht. Das ist ein Surrogat für die im gemeinen Recht durch den Restitutionsakt erzielte Erkennbarkeit der fideikommissarischen Gesamtnachfolge.

Nach § 2144 kann der Nacherbe seine Haftung den Gläubigern gegenüber nach denselben Regeln beschränken, wie der Vorerbe das konnte; und zwar besteht nun der Nachlaß, mit dem der Nacherbe haftet, natürlich in demjenigen, was er vom Vorerben erlangt hat. Wenn der Nacherbe also jetzt ein Inventar aufmacht, was der Vorerbe vielleicht versäumt hatte, so kann ersterer nur hineinschreiben, was er vom Vorerben herausbekommen hat. Hierbei tritt an die Stelle des Nachlasses das, was er aus der Erbschaft erlangt hat, mit Einschluß der ihm gegen den Vorerben als solchen zustehenden Ansprüchen, insbesondere auf Ersatz.

Indessen genießt der Nacherbe nach § 2144 Abs. 2 die Erleichterung, daß das Inventar, das der Vorerbe errichtet hat, auch ihm zu gute kommt, und weiter auch, daß er, der Nacherbe, dem Vorerben selber gegenüber für dessen etwaige Forderungen an den Nachlaß, die nun durch Aufhebung der Konfusion wieder wach geworden sind, stets nur beschränkt haftet. Der Gedanke ist, daß der Vorerbe ganz genau weiß, was er herausgegeben hat und hätte herausgeben sollen. Darum kann er nicht verlangen, daß der Nacherbe ihm gegenüber ein Inventar errichtet.

Immerhin bleibt in zwei Beziehungen der Vorerbe nach § 2145 den Nachlaßgläubigern haftbar.

a) Insoweit, als der Nacherbe nicht haftet, haftet der Vorerbe weiter (§ 2145 Abs. 1). Wenn z. B. der Nacherbe nicht haftet, weil der Vorerbe ihm Sachen im verminderten Werte übergeben hat, oder weil er den Gläubigern nur beschränkt haftet, der Vorerbe aber nach

[1]) Der Text ist nicht ganz sicher.

Versäumnis aller Vorsichtsmaßregeln unbeschränkt, dann bleibt der Vorerbe insoweit, als der Nacherbe nicht haftbar wird, seinerseits gebunden. Die Gläubiger sollen in ihrer Lage durch den Eintritt des Nacherbfalls nicht verschlechtert werden, und soweit ihnen der Nacherbe nicht haftbar wird, sollen sie sich weiter an den Vorerben halten dürfen.

b) Der Vorerbe haftet weiter auch für solche Schulden, zu deren Tilgung er dem Nacherben gegenüber verpflichtet wird, z. B. rückständige Zinsen, die er aus der Zeit der Vorerbschaft zahlen muß, oder Verwaltungskosten u. dgl. Für diese Schulden sollen sich die Gläubiger nicht erst an den Nacherben zu halten haben, und dieser wieder gegen den Vorerben Regreß nehmen, sondern dieser Umweg durch den Nacherben hindurch kann erspart werden, der Gläubiger kann sich für diese rückständigen Zinsen usw. unmittelbar an den Vorerben halten, obwohl dieser aufgehört hat, Erbe zu sein. Indessen ist hinzuzufügen, was im B.G.B. nicht steht, daß damit die Haftung des Nacherben nicht aufgehoben ist. Es sind doch Erbschaftsschulden, also muß der Nacherbe nun ebenfalls haften. Die Konsequenz ist, daß der Gläubiger für diese rückständigen Zahlungen gegen beide Erben als Gesamtschuldner klagen kann. Er kann sowohl von dem Vorerben, der noch weiter haftet, als von dem Nacherben, der nach den allgemeinen Regeln zu haften beginnt, die Zahlung dieser Schulden verlangen.

Indessen haftet der Vorerbe doch auch für diese ihm zur Last bleibenden Verbindlichkeiten nur dann unbeschränkt, wenn seine Haftung gegenüber den Nachlaßgläubigern überhaupt eine unbeschränkte war. Andernfalls (§ 2145 Abs. 2) kann er die Zahlung insoweit verweigern, als dasjenige nicht ausreicht, was ihm von der Erbschaft gebührt. Er steht also geradeso wie derjenige Erbe, der wegen Mangels an ausreichender Masse Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs nicht hatte erwirken können (§ 1990), wie erinnerlich, die Einrede der beschränkten Haftung hat und den Gläubigern nur das, was er aus der Erbschaft hat, im Wege der Zwangsvollstreckung herausgeben muß.

4. Vermächtnisse. (§§ 2147—2191.)

a) Im allgemeinen.

§ 20.

Die Lehre von den Vermächtnissen ist wohl die einfachste im ganzen Erbrecht des B.G.B. Charakteristisch ist, daß sie deshalb in der Denkschrift, mit der die Reichstagsvorlage begleitet wurde, übersprungen wird. Die Lehre ist eben gegenüber dem gemeinen Recht

und auch gegenüber dem preußischen Recht sehr vereinfacht. „Namentlich sind die Universalfideikommisse ausgeschieden und durch die Nacherbfolge ersetzt worden.“ [1])

Gegenstand des Vermächtnisses kann nach § 1939 ein einzelner Vermögensvorteil sein. Natürlich sind auch nach dem B.G.B. die bekannten drei Personen erforderlich, der Vermächtnisgeber (der Erblasser), weiter der Beschwerte und endlich der Bedachte.

Beschwert ist nach § 2147 im Zweifel der Erbe. Es kann aber auch ein Vermächtnisnehmer mit einem Nachvermächtnis beschwert sein.[2]) Das ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber gelegentlich z. B. aus § 2186, wo von einem solchen Vermächtnisse die Rede ist.

Mehrere Beschwerte haften wie nach bisherigem Recht nach § 2148 im Zweifel pro rata, nach Verhältnis ihrer Erbteile, oder wenn es mehrere Vermächtnisnehmer sind, nach dem Verhältnis ihrer Vermächtnisse.

Eine wichtige Neuerung gegenüber dem römischen Recht stimmt mit dem preußischen Recht überein. Bei Wegfall des Beschwerten, wenn er z. B. ausschlägt, fällt das Vermächtnis nicht in sich zusammen wie nach römischem Recht, wird also nicht als Personallast und somit als erledigt betrachtet, sondern nach § 2161, hat derjenige es zu tragen, welchem der Wegfall des Beschwerten zu statten kommt. Wer z. B. von einer Vermächtnislast frei wird, bekommt dann das dem weggefallenen Vermächtnisnehmer auferlegte Nachvermächtnis zu tragen. Ebenso bekommen, wenn ein Miterbe wegfällt, die Anwachsungsberechtigten die Vermächtnislast mit dem ihnen anwachsenden Erbteil.

Der Bedachte braucht nicht schon zur Zeit des Erbfalls am Leben zu sein, er kann auch ein nondum conceptus mit einem Vermächtnis bedacht worden. Aber wenn der Bedachte zur Zeit des Erbfalls bereits aufgehört hat, am Leben zu sein, ist nach § 2160 das Vermächtnis unwirksam.

Bedacht werden kann dann auch ein Miterbe. Das ist das Prälegat, Vorausvermächtnis. Dies ist nun abweichend vom römischen Recht, aber übereinstimmend mit dem preußischen Recht, durch § 2150 dahin geordnet, daß es stets ganz als Vermächtnis gilt, also auch soweit der bedachte Erbe selber der Beschwerte ist, oder anders ausgedrückt, auch zu der Quote, zu der das Vorausvermächtnis auf der

[1]) Vorbereitungsheft.

[2]) vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten III § 626 S. 551 und die dort angeführte Festschrift von Kipp.

eigenen Erbquote des coheres praelegatarius lastet. Damit ist die komplizierte römische Prälegattheorie beseitigt. Wenn der mit dem Prälegat bedachte Erbe nur Vorerbe war und die Erbschaft demnächst an den Nacherben herausgeben soll, dann behält er das ganze Vermächtnis, auch zu der Quote, zu der es auf seinem eigenen Erbteil lastete. Ebenso zählt bei der Frage nach der Überschwerung mit Vermächtnissen das Vermächtnis ganz als Vermächtnis.

Man setze: Die Erbschaft beträgt 10 000 M. Dem allein eingesetzten Erben sind als Vermächtnis 6000 M. zugewendet und einem andern Vermächtnisnehmer auch 6000 M. Dann kann der Erbe sagen, daß die Erbschaft mit Vermächtnissen um 2000 M. überschwert sei. Er kann also jedes von beiden um 1000 M. kürzen, das seinige und das des fremden Vermächtnisnehmers, so daß er statt 6000 M. bloß 5000 M. zu zahlen hat, weil er auch sein Vermächtnis ganz als solches rechnen darf.[1])

Ebenso wie der Erblasser bei der Erbeinsetzung Ersatzerben ernennen kann, kann er auch bei Vermächtnissen nach § 2190 Ersatzvermächtnisnehmer bedenken, also nach gewöhnlicher Sprachweise Vulgarsubstituten. Wie der Erblasser weiter bei der Erbeinsetzung Nacherben hinter dem Vorerben bedenken kann, so kann er auch ein Nachvermächtnis hinter dem Vorvermächtnis errichten, so daß der Vorvermächtnisnehmer wieder von seinem Vermächtnis an einen Nachvermächtnisnehmer abgeben muß (§ 2191).

Die §§ 2151—2156 treffen dann allerlei Bestimmungen über Vermächtnisse, deren Inhalt der völligen Bestimmtheit entbehrt:

Mehrere können nach §§ 2151 und 2152 mit einem Vermächtnis so bedacht sein, daß nur der eine oder der andere das Vermächtnis erhalten soll, also subjektiv-alternativ. Dann hat nach § 2151 der Beschwerte oder der etwa vom Erblasser dazu berufene Dritte zu entscheiden, wer von den mehreren Bedachten das Vermächtnis erhalten soll. Wenn der Beschwerte oder der Dritte das nicht kann, dann werden diese Gesamtgläubiger, „und zwar ohne Teilungspflicht“ (§ 2151 Abs. 3). Daß diese Lehre sehr befriedigend ist, wird man nicht sagen können. Es ist bloß daran zu erinnern, daß, wenn Gesamtgläubiger vorhanden sind, zwar jeder die ganze Forderung einklagen kann, aber der eine Schuldner

[1]) Zweifelhaft bleibt der Einfluß, den das Vorausvermächtnis den Gläubigern gegenüber hat. Dürfen sie seinen Gegenstand z. B. durch Arrestschläge in Anspruch nehmen? Oder kann der Vorausvermächtnisnehmer entgegnen, daß er diese Sache als Vermächtnisnehmer besitze und als solcher den Gläubigern nicht hafte? Dies war wohl nicht der Zweck des § 2150.

immer noch die Wahl behält, an wen er leisten will, selbst nach der Rechtshängigkeit der Sache bis zur Beitreibung der Leistung. Das wird gerade hier bei dem Beschwerten gegenüber mehreren Vermächtnisnehmern leicht praktisch werden. (Vergleiche oben Band I, Seite 427 und 428 Anm. 2.) Wenn der Erblasser sein Reitpferd seinen drei Neffen, die alle drei Kavallerieoffiziere sind, vermacht hat, so hat der Beschwerte die Wahl, und wenn er sie nicht ausübt, so werden die drei Neffen Gesamtgläubiger des Erben. Nun kann jeder klagen.[1]) Aber der Erbe kann jeden im Schach halten, indem er erklärt: wenn Du mich verklagst, gebe ich es dem andern. Da wird sich jeder hüten zu klagen, weil er dann seinen Anspruch verscherzt. Die drei Neffen werden klüger tun, alle zusammen zu klagen, um sich dann auseinanderzusetzen.[2]) Aber Teilungspflicht eines einzelnen, der die Leistung beitreibt, besteht nicht (§ 2151 Schlußsatz).

Nach § 2154 kann das Vermächtnis auch den Inhalt haben, daß der Bedachte nur den einen oder anderen Gegenstand erhalten soll, also ein objektiv-alternatives Vermächtnis. Hierbei kann die Wahl wieder einem dritten übertragen sein. Wenn der sie aber nicht ausübt, geht die Wahl wieder auf den Beschwerten über.

Etwas anderes ist bestimmt beim legatum generis, bei dem die Sache nur der Gattung nach bestimmt ist, die der Erblasser vermacht hat (§ 2155). Dann ist — und damit wird eine gemeinrechtliche Kontroverse entschieden — eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache zu leisten, wenn der Erblasser seinem Neffen ein Reitpferd nur generisch bestimmt, vermacht, so wird es ganz darauf ankommen, ob der Neffe Kürassieroffizier ist, oder bei einem leichten Kavallerieregiment steht, oder ob er Infanterie-Offizier, Gutsbesitzer u. dergl. m. ist.

Mehrere, die mit demselben Gegenstand bedacht sind, die sogenannten Kollegatare, werden nach den §§ 2157 und 2158 wie mehrere Miterben betrachtet. Also bekommen sie im Zweifel den Gegenstand zu gleichen Teilen, aber mit Anwachsungsrecht. Dieses Anwachsungsrecht soll auch dann gelten, wenn der Erblasser die Anteile der einzelnen fixiert hatte, während, wenn er die Erbquote fixierte, der Erbe auf die Quote beschränkt gilt und kein Anwachsungsrecht hat. Es zeigt sich auch hier, daß das Anwachsungsrecht immer auf Willensinterpretation zu gründen ist, nicht mehr auf iuris necessitas, und die Willensinterpretation, die das

[1]) Im römischen Rechte mußten sie bekanntlich teilen. So vermied man es, den Zudringlicheren zu bevorzugen und den Taktvolleren zurückzusetzen.

[2]) Im praktischen Enderfolge nähert man sich damit wiederum dem römischen Rechte; s. d. vor. Anm.

B.G.B. bei Vermächtnissen gewährt hat, ist eine andere als bei der Einsetzung mehrerer Miterben.[1])

Das Vermächtnis kann auch unter einer aufschiebenden Bedingung oder mit einem Anfangstermin angeordnet werden. Hier setzt aber § 2163 dieselben Schranken wie bei der Nacherbeinsetzung des § 2109. Binnen 30 Jahren nach dem Erbfall muß die aufschiebende Bedingung oder der Termin eingetreten sein, sonst wird das Vermächtnis unwirksam. Ja, dieselben Bedenken, die sich bei der Nacherbeinsetzung erhoben, kehren hier wieder und im verstärkten Maße. Wenn der Erblasser sagt: „Mein Neffe soll mein Landgut haben. Wenn er es aber 30 Jahre gehabt hat, so wird er genug für sich herausgewirtschaftet haben und er soll es dann am Beginn des nächstfolgenden Jahres an seinen Sohn herausgeben", so tritt der Anfangstermin offenbar erst länger als 30 Jahre nach dem Tode des Erblassers ein. Das darf nicht sein. Dann soll der Anfangstermin einfach wegfallen.[2])

Wenn dagegen der Erblasser sagte: Wenn meinem Neffen, dem ich das Landgut zuwende, bis zum Ablauf von 30 Jahren noch ein Bruder geboren wird, so soll er das Gut an diesen herausgeben. Dann wäre die Verfügung wirksam gewesen, denn für den Fall, daß ein Bruder oder eine Schwester geboren wird, ist eine Ausnahme gemacht.

Es wiederholt sich hier die Frage: Soll man die Verfügungen, die der genannten Vorschrift widersprechen, also über 30 Jahre hinausgreifen, einfach als unwirksam behandeln oder sagen, daß ein in der Person des Beschwerten eintretendes Ereignis[3]) als maßgebend hingestellt worden sei oder soll man endlich die über 30 Jahre erstreckte Frist auf 30 reduzieren?[4])

Auf dem Juristentag wurde lebhaft über den Grundsatz diskutiert, den schließlich das B.G.B. angenommen hat, nämlich, daß das Ver-

[1]) Meines Erachtens gilt dies deshalb, weil neben den auf Quoten gesetzten Erben die gesetzlichen Erben als stillschweigend eingesetzt gelten können, während eine ähnliche stillschweigende Zuwendung an den mit quotisierten Vermächtnissen Beschwerten neben den Vermächtnisnehmern ferner liegt, zumal ein Miteigentum des Beschwerten mit den Bedachten im Zweifel besonders leicht zu einer mater rixarum werden könnte.

[2]) Der Grundgedanke ist nicht unvernünftig: „Niemand soll allzu lange nach seinem Tode durch seine Bestimmungen in die ihm unbekannten Verhältnisse eingreifen dürfen". Der Gedanke des „semel heres semper heres" zeigt sich hier in abgeschwächter Form.

[3]) D. h. das Erleben eines Zeitpunktes, s. oben S. 107.

[4]) Letzteres hängt wohl vom einzelnen Falle ab. Soll z. B. der Beschwerte erst 40 Jahre lang aus dem Gute ein Kapital herauswirtschaften, so würde es dem Willen des Erblassers nicht entsprechen, ihm das Gut schon nach 30 Jahren zu nehmen.

mächtnis immer nur eine Forderung für den Bedachten begründet (§ 2174). Römisch ausgedrückt: Jedes Vermächtnis ist gültig als Dammationslegat, dagegen haben wir nicht mehr ein Vindikationslegat. Natürlich ist es für den Erben recht günstig, daß fortan die Sachen nicht an ihm vorbeigehen (können) und recta via in das Eigentum des Vermächtnisnehmers fallen können.[1]) Der Erbe wird auf diese Weise dagegen gedeckt, daß diese oder jene Sachen gleichsam von vornherein aus der Erbschaft herausfallen und ihm vielleicht mehr Schulden bleiben, als die Aktiva ausmachen.[2]) Aber andererseits ist diese Neuerung für den Vermächtnisnehmer leicht gefährlich. Wenn der Erbe die Sachen, die vermacht sind, bei Seite schafft, so hat der Vermächtnisnehmer mit seiner bloßen Forderung an den Erben das Nachsehen.

Daher drängt sich die Frage auf, ob der Erblasser, wenn er dem Erben nicht recht traut und den Vermächtnisnehmer dinglich sichern will, das nicht auf irgend eine Weise auch nach dem B.G.B. machen könne. Er mag einen Testamentsvollstrecker ernennen, durch den der Erbe außer Stand gesetzt wird, die Sachen zu veräußern. Er kann auch den Bedachten, statt bloß zum Vermächtnisnehmer, zum Miterben auf eine ganz kleine Quote machen, auf einen Bruchteil, der ungefähr dem Wert des Gegenstandes, den er vermachen wollte, entspricht und dabei die Bestimmung treffen, daß dieser Miterbe auf seine Quote nur jene eine Sache erhalten soll. Dann hat er dadurch festgelegt, daß derjenige, dem er die Sache zuwenden wollte, sie auch bekommt, ungefährdet durch den Miterben. Natürlich kann er auch eine Strafandrohung hinzufügen für den Fall, daß der Erbe die Sachen veräußern sollte.

Der Erwerb des Vermächtnisanspruches tritt grundsätzlich mit dem Erbfall ein, und zwar kraft Gesetzes von selber (gerade wie das Erbrecht kraft Gesetzes von selber erworben wird). Aber auch ebenso wie dieses wird der Vermächtnisanspruch mit der Möglichkeit der Wiederausschlagung erworben (§ 2176). Derselbe Paragraph nennt auch diesen Erwerb Anfall des Vermächtnisses.

Nur ausnahmsweise tritt dieser Anfall erst später ein als der Erbfall (§§ 2177 u. 2178). Namentlich wenn das Vermächtnis unter einer

[1]) Das römische interdictum quod legatorum wird dadurch für ihn überflüssig.

[2]) Den Gläubigern ist die Neuerung nur so lange vorteilhaft, als nicht der Erbe den Vermächtnisgegenstand herausgegeben hat, sofern nicht etwa ein alienatio in fraudem creditorum vorliegt. Abgesehen von dieser haften nach dem B.G.B. die Vermächtnisnehmer den Gläubigern schlechterdings nicht. [Anders Cod. VI, 36 de jure deliberandi c. 22 § 5.] In dieser Hinsicht ist es noch jetzt vorteilhafter, Nachlaßstücke durch Vermächtnis zu erwerben, als durch Erbfolge.

aufschiebenden Bedingung oder mit einem Anfangstermin angeordnet war und die Bedingung oder der Termin erst nach dem Erbfall eintreten. Ebenso nach § 2178, wenn der Bedachte zur Zeit des Erbfalls noch gar nicht erzeugt war oder seine Persönlichkeit erst durch ein nach dem Erbfall eintretendes Ereignis bestimmt wird. Hier kann natürlich der Anfall nicht schon mit dem Erbfall erfolgen, sondern erst mit der Geburt oder mit dem Ereignis.

Die Wirkung des Vermächtnisanfalls ist für den Bedachten ein Gläubigerrecht, ein Anspruch, und nie mehr als ein solcher. Indessen braucht dieses Gläubigerrecht nicht gleich allgemein fällig und ausübbar zu sein; in gewissen Fällen (§§ 2181, 2186) tritt ein Aufschub ein.

Die Bedeutung des Anfalls ist mehrfach näher geregelt, z. B. hinsichtlich der Früchte dahin, daß sie vom Anfall an zu leisten sind.

Ist nun der Anfall des Vermächtnisses, was wir soeben als möglich kennen gelernt haben, hinausgeschoben, dann gelten nach § 2179 von dem Erbfall an bis zu dem Anfall des Vermächtnisses dieselben Regeln wie bei der aufschiebenden Bedingung. (Dann ist ein Interimsstadium gegeben. Also muß der Bedachte im Zweifel den Eintritt der Bedingung oder des Termins erleben). Nur wenn der Erblasser dies nicht wollte, kann auch vor dem Anfall schon ein Voranfall mit vererblicher Anwartschaft eintreten. Indessen das sind besondere und seltene Fälle.

Vom Erbfall an bis zur endgiltigen Entscheidung über den Erwerb des Bedachten besteht, gerade wie bei der Erbfolge, so auch bei der Vermächtnisfolge, wenn man den Ausdruck brauchen darf, ein Schwebezustand.

Die Annahme und Ausschlagung des Vermächtnisses erfolgen durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten. Dafür ist aber merkwürdigerweise eine Frist gesetzlich nicht vorgeschrieben, „so wenig wie im preuß. Landrecht".[1]) Pr. A.L.R. I 12 § 366. Darum weiß man wirklich nicht, wie der Beschwerte darüber ins Klare kommen soll, ob der Vermächtnisnehmer das Vermächtnis annimmt oder nicht. Übrigens kann der Beschwerte sich durch Hinterlegung der Sache entledigen.[2])

Erklärt der Bedachte die Annahme, so hat das die Wirkung, daß die Ausschlagung nicht mehr zulässig ist. Wenn umgekehrt der Bedachte die Ausschlagung erklärt, so tritt dieselbe Wirkung wie bei der

[1]) Vorbereitungsheft. Es fehlt hier das Interesse der Gläubiger an der Entscheidung binnen einer bestimmten Frist.

[2]) Damit dürfte wohl seinem Bedürfnisse in der Regel genügt sein.

Erbfolge ein, nämlich, daß der Anfall als gar nie erfolgt gewesen gilt. Es wiederholen sich hier die von der Erbfolge bekannten Regeln.

Ein Recht des Erben, einen Teil der Erbschaft für sich frei zu behalten (quarta Falcidia), ist nicht im geringsten gewährt. Er darf auch nicht einen Pfennig an Aktivis nach Ausantwortung der Vermächtnisse behalten. Darin steht er auch nicht besser als ein Testamentsvollstrecker, dem keine Vergütung vom Erblasser zugewendet worden ist. Deshalb mag er ausschlagen, wenn ihn die Vermächtnisse bedrücken.

Das abweichende römische Recht erklärt sich aus dem furor legandi, einer Neigung, Vermächtnisse in infinitum zu errichten. Dies ist bei uns in geringem Maße der Fall. Darum vermißt man auch im preußischen Recht die quarta Falcidia nicht. „Doch haftet der Erbe nach § 1992 Vermächtnisnehmern gegenüber ohne weiteres nur ebenso, wie er Nachlaßgläubigern haftet, wenn Nachlaßverwaltung und Konkurs untunlich war, d. h. er kann ihre Befriedigung verweigern, soweit der Nachlaß nicht ausreicht".[1])

Es kommen natürlich dem Erben auch den Vermächtnisnehmern gegenüber dieselben Regeln zugute, nach denen er für Nachlaßverbindlichkeiten nur beschränkt haftet; denn zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehören eben auch die Vermächtnisse. Wegen einer Pflichtteilslast, die dem Erben obliegt, darf er (worauf später beim Pflichtteil noch zurückzukommen ist) nach § 2318 sogar ohne weiteres die ihm auferlegten Vermächtnisse verhältnismäßig kürzen. Es müssen also die Vermächtnisnehmer ihm die Pflichtteilslast tragen helfen.

Etwas ausgedehnter ist das Kürzungsrecht, das ein beschwerter Vermächtnisnehmer, der mit einem Nachvermächtnis oder Untervermächtnis beschwert ist, hat; denn § 2187 bestimmt, daß dieser die Erfüllung des Nachvermächtnisses verweigern kann, soweit dazu das, was er selber erhält, nicht ausreicht. Im Übrigen kann nach § 2188 auch der beschwerte Vermächtnisnehmer, der selber eine Kürzung erfährt, z. B. wegen einer Pflichtteilslast, seinerseits die Nachvermächtnisse verhältnismäßig kürzen.

b) Einzelne Arten von Vermächtnissen.

§ 21.

Gegenstand des Vermächtnisses kann jeder Vermögensvorteil sein, also natürlich der Erwerb einer körperlichen Sache, mag sie individuell oder generisch bestimmt sein, ferner ein Recht des Erblassers oder ein

[1]) Vorbereitungsheft.

Tun oder Unterlassen des Belasteten. „Eingehung eines Geschäfts, Unterricht u. dergl.“[1]) Z. B. wenn der Erblasser sagt: „Mein Freund X. wünscht sein Haus los zu werden, findet aber keinen Käufer. Mein Erbe soll schuldig sein, ihm das Haus zu einem angemessenen Preise abzukaufen.“

Auch im Unterlassen kann der Gegenstand eines Vermächtnisses bestehen, z. B. in der Nichtausübung eines Rechtes. Dagegen können nicht auch andre Vorteile als Vermögensvorteile Gegenstand des Vermächtnisses sein. Wenn der Erblasser den A. einsetzt und bestimmt, er soll des Erblassers Nichte adoptieren oder er solle sie heiraten, so sind das keine Vermächtnisse an die Nichte, sondern höchstens Auflagen, welche dem Erben gemacht sind (s. den nächsten Paragraphen).

Indessen ist nach der berühmten Bestimmung des § 2171 das Vermächtnis unwirksam, wenn es auf ein zur Zeit des Erbfalls unmögliche Leistung gerichtet ist oder gegen ein zur Zeit des Erbfalls bestehendes gesetzliches Verbot verstößt. Damit ist ein Satz aufgestellt, der die strenge römische regula Catoniana abschwächt oder beseitigt.

Entscheidend für die Unwirksamkeit ist die Unmöglichkeit der Leistung zur Zeit des Erbfalls. Also wenn die Leistung, die der Erblasser dem Erben auferlegt, zur Zeit der Testamentserrichtung unmöglich war, so schadet das nichts. Der Erblasser sagt z. B.: „Da meinem Freunde X. das Haus, worin er zur Miete wohnt, so außerordentlich gefällt, so soll mein Erbe schuldig sein es zu kaufen und es meinem Freunde X. zu Eigentum zu übertragen.“ Zur Zeit der Testamentserrichtung hatte aber X. das Haus bereits für sich erworben, er wohnte nicht mehr zur Miete, sondern als Eigentümer darin. Dann würde bekanntlich nach der regula Catoniana das Vermächtnis nichtig sein, weil in dem Augenblick der Testamentserrichtung die Leistung unmöglich war, quia nemini, quod ejus est, dari potest. Ist der Freund X. dagegen zur Zeit der Testamentserrichtung zwar Eigentümer, aber nachher durch Subhastation um das Haus gekommen, und stirbt dann der Erblasser, so kann eben nach dem B.G.B. X. von dem Erben Erfüllung des Vermächtnisses fordern, weil die Leistung zur Zeit des Erbfalls möglich geworden ist. Diese Neuerung des B.G.B., die bereits im preußischen Recht besteht, entspricht durchaus dem modernen Rechtsbewußtsein.

Streng genommen ist das Vermächtnis auch dann unmöglich, wenn der Erblasser ein Recht vermacht hat, das er gegen den Erben hat und das nun mit dem Erbfall durch Konfusion erlischt. Dem soll

[1]) Vorbereitungsheft.

§ 2175 vorbeugen. Danach sollen, wenn der Erblasser ein ihm gegen den Erben zustehendes Recht u.s.w. vermacht hat, dann die infolge des Erbfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit erloschenen Rechtsverhältnisse in Ansehung des Vermächtnisses als nicht erloschen gelten. Dann muß also der Erbe dies durch Konfusion untergegangene Recht zu Gunsten des Legatarius, dem der Erblasser es zugewendet hat, wiederherstellen.

Im übrigen muß man unterscheiden: 1. zwischen dem Vermächtnisse eines bestimmten Gegenstandes, wie das B.G.B. sich immer ausdrückt (damit meint es das Vermächtnis eines individuell bestimmten Gegenstandes, das legatum speciei), und 2. dem Vermächtnis eines nur der Gattung nach bestimmten Gegenstandes, das ist das legatum generis.[1])

Äußerst merkwürdig und bisher in dem Rechte noch nicht enthalten ist, daß das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes unwirksam sein soll, wenn und soweit dieser Gegenstand zur Zeit des Erbfalls nicht zum Nachlaß gehört (§ 2169). Also kein legatum rei alienae.[2]) Selbst dann, wenn der Erblasser eine seinem Erben gehörige Sache vermacht hat, ist das Vermächtnis doch unwirksam, anders als nach preußischem (A.L.R. I, 12 § 375)[3]) und gemeinem Recht.

Indessen wird dieser anscheinend etwas rigorose Satz in demselben Paragraphen gemildert. Wenn der Erblasser an der fremden Sache, der res aliena, Besitz hatte, z. B. bonae fidei possessor des Landgutes war, aber nicht Eigentümer, oder wenn er Anspruch auf die Sache hatte, oder wenn er sie schon gekauft, aber noch nicht tradiert erhalten hatte, oder etwa auf Wertsersatz gegen einen andern einen Anspruch hatte, dann sind im Zweifel diese Rechte als Surrogate des Eigentums vermacht. War der Erblasser Besitzer eines Gutes und hat dasselbe vermacht, so kann der Erbe die Leistung also nicht damit abschneiden, daß er sagt, das Gut hat dem Verstorbenen nicht gehört, sondern dann gilt der Besitz als vermacht. Oder, wenn der Erblasser seine sämtlichen silbernen Löffel einem guten Freunde vermacht hatte, sie ihm aber vor dem Erbfall bereits gestohlen und vom Diebe eingeschmolzen wurden, so ist er freilich nicht mehr Eigentümer der Sache, die ja nicht einmal mehr existiert. Es wird der Vermächtnisnehmer aber den Anspruch auf Herausgabe des Silbers oder doch auf Wertersatz bekommen.

[1]) Auf das Gattungsvermächtnis bezieht sich Entsch. d. R.G. Bd. 55 S. 214.
[2]) D. h. nur im Zweifel.
[3]) Diese Stelle spricht nur von Sachen des Erben.

Möglich ist aber auch der Wille des Erblassers, die Sache selbst für den Fall dem Bedachten zuzuwenden, daß sie nicht zur Erbschaft gehört (§ 2169 Abs. 1). Das tritt namentlich zu Tage, wenn der Erblasser etwa eine künftige Sache vermacht hat. Er hat etwa den Ertrag der nächsten Ernte von seinem Gute vermacht. Da ist ganz klar, daß bei seinem Tode der Ertrag noch nicht zur Erbschaft gehörte, aber klar auch sein Wille, selbst für diesen Fall den Ertrag zuzuwenden. Dann ist der Beschwerte verpflichtet, diese res aliena oder künftige Sache dem Vermächtnisnehmer zu verschaffen. Wie die Motive besagen,[1]) liegt dann nicht ein Sachvermächtnis, sondern ein Verschaffungsvermächtnis vor.[2]) Wenn aber der Beschwerte außer Stande ist, die Sache zu verschaffen (§ 2170), dann hat er den Wert zu verschaffen. Ist die Verschaffung der Sache nun mit unverhältnismäßigen Opfern möglich, so kann der Beschwerte sich davon durch Entrichtung des Werts der Sache befreien.

Nach § 2184 muß der Beschwerte mit der Sache auch die Früchte der Sache, die er seit Anfall des Vermächtnisses gezogen hat, herausgeben. Andererseits kann er auch nach § 2185 Ersatz für Verwendungen verlangen, die er auf die Sache gemacht hat.

Ein besonderes Interesse bietet der Fall, daß der vermachte Gegenstand mit dem Rechte eines Dritten belastet ist. Das römische Recht gibt hier bekanntlich dem Legatar das sehr weitgehende Recht, von dem Beschwerten Ablösung der Last zu verlangen, d. h. zu beanspruchen, daß er die Sache als eine freie bekomme und der Beschwerte, insbesondere der Erbe die Lasten beseitige. „So wenigstens bei Nießbrauch und Pfandrecht.“ [3])

Anders schon das preußische Recht (A.L.R. I, 12 § 325), wonach der Legatar selber die Lasten ablösen muß. Das entspricht wohl unsern modernen Anschauungen, daß solche Lasten nicht gleichsam etwas unnatürliches sind, sondern mit dem normalen Stande der Sache vereinbar, und daß darum res transit cum suo onere ad legatorium. Auch nach B.G.B. § 2165 muß der Legatar die Last auf

---

[1]) Bd. 5 S. 148.

[2]) Durch die Möglichkeit der Verschaffungsvermächtnisse wird das legatum rei alienae in der Regel im Wege der Konversion in ein solches Vermächtnis gerettet werden können.

[3]) Vorbereitungsheft. Im römischen Wirtschaftsleben war die Hypothek noch keine normale Form der Kapitalsanlage, also noch keine normale Erscheinung, siehe den Text.

sich nehmen und kann ihre Ablösung durch den Erben nicht verlangen.[1])

Mit diesen unsern Anschauungen kann man aber unter Umständen zu überraschenden Ergebnissen kommen.

Wenn z. B. bei einem Bankier dessen Kontokurrentkunde Wertpapiere im Deposito hat, so haften bekanntlich nach allgemeiner Übung diese Wertpapiere als Pfand für Guthaben. Nun sind etwa die Wertpapiere, die für jemand bei der Diskontogesellschaft liegen, von dem Erblasser einem guten Freunde vermacht. Dann muß dieser es sich gefallen lassen, daß die Pfandlast, die auf den Papieren ruht, auf ihn mit übergeht, und daß er die Papiere nur unter Abstoßung der Pfandlast, die zu Gunsten des Bankiers auf den Papieren ruht, herausbekommt. Ob das der Erblasser immer gemeint haben wird, darüber kann man zweifeln.[2])

Eine weitere Konsequenz ist die, daß, wenn die vermachte Sache als Pfandstück vom Pfandberechtigten zur Zwangsversteigerung gebracht wird und kein Überschuß aus dem Erlös sich ergibt, der Vermächtnisnehmer nichts bekommt, weil die Sache von der Pfandleihe absorbiert wurde. Er hatte dann nach römischem Recht einen Rückgriff gegen den Erben,[3]) der dadurch von einer persönlichen Schuld liberiert worden ist; dieser mußte die Pfandlast zu seinem Nachteil als auf der Sache ruhend gelten lassen.

Wenn indessen der Erblasser gegen einen Dritten einen Anspruch auf Ablösung der Last hatte, so erstreckt sich nach § 2165 Abs. 1 das Vermächtnis im Zweifel auch auf diesen Anspruch.

Wenn der Erblasser ein Grundstück hat, auf dem eine Hypothek ruht, und ihm gegen den Verkäufer des Grundstücks eine Forderung auf Tilgung der seit dem Kauf noch stehen gebliebenen Hypothek zusteht, so ist im Zweifel dieser Anspruch auf Tilgung mit vermacht.

Ein in der Literatur viel behandelter Fall, bei dem die Hypothek des Eigentümers eine große Rolle spielt, ist (§ 2165 Abs. 2), daß auf

---

[1]) Für die Hypothek ist dies zweifellos angemessen. Ob auch ebenso für den Nießbrauch?

[2]) Es zeigt sich in diesem treffenden Beispiele, daß bei uns das bewegliche Pfand keineswegs in derselben Weise eine normale Erscheinung ist, wie die Hypothek. In solchen Fällen helfen die Worte „im Zweifel" in § 2165.

[3]) In diesem Punkte ist der Text nicht sicher. Nach dem Vorbereitungsheft sieht es so aus, als wenn der Vermächtnisnehmer im heutigen Rechte diesen Rückgriff nicht haben soll. Dies dürfte wohl das Richtige sein, insofern der Erbe die belastete Sache grundsätzlich nicht frei zu machen braucht.

dem vermachten Grundstück eine Hypothek, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld für den Erblasser selber, für den Vermächtnisgeber eingetragen steht; m. a. W. eine Eigentümerhypothek für den Erblasser. Die allgemeine Regel des § 2165 Abs. 1 würde hier dahin führen, daß diese Hypothek zu Lasten des Vermächtnisnehmers weiter besteht, also zu Gunsten des Erben auf dem Grundstück weiter haftet und der Vermächtnisnehmer sie als Last tragen muß. Das ist prinzipiell auch folgerichtig, wenn man nicht die Lokustheorie vertritt, wonach die Eigentümerhypothek nur ein Negativum ist, nur Pfandfreiheit eines gewissen Wertteils im Grundstück bedeutet, wie dies z. B. noch Hinschius verteidigte. Indessen ist wohl die Eigentümerhypothek ein vom Eigentum verschiedenes und selbständiges Recht (vgl. oben Bd. 2 S. 261 ff.).

Hatte der Erblasser zwei Rechte, 1. das Eigentum an einem Grundstücke und 2. eine Eigentümerhypothek auf dem Grundstücke, und vermacht das Grundstück, dann müßte eigentlich der Bedachte das Eigentum daran bekommen, dagegen das zweite Recht, die Hypothek, im übrigen Nachlaß zu Gunsten des Erben bleiben. Allein das B.G.B. stößt hier ein Loch in diese Konsequenz. Nach § 2165 Abs. 2 soll aus den Umständen entnommen werden, ob diese Hypothek dem Bedachten mitvermacht ist oder nicht. Eine Auslegungsregel wird nicht gegeben.

Wenn der Erblasser etwa eben erst eine Hypothek abbezahlt hatte und nun willens war, ihre Löschung zu beantragen, womöglich die Löschung schon beantragt hatte, und dann stirbt, so muß der Legatar des Grundstücks die Hypothek mit bekommen, die dann nicht für den Erben bestehen bleibt; denn die Umstände ergeben hier, daß der Erblasser die Absicht hatte, das Grundstück frei an den Bedachten übergehen zu lassen. Wenn aber solche besonderen Umstände fehlen, ist es zweifelhaft, ob der Erblasser die Absicht hatte, die Hypothek mit zu vermachen oder nicht.

Der hier fruktifizierte Satz: Res transit cum suo onere, ist bekanntlich schon in der preußischen Theorie und Praxis noch einen Schritt weiter geführt, vgl. „Dernburg, Pr. Privatr. III § 140“, und diesen Schritt weiter tut § 2166. Wenn auf dem vermachten Grundstück eine Hypothek lastet, für die der Erblasser als persönlicher Schuldner haftete („oder die er zu berichtigen dem Schuldner gegenüber gebunden ist“),[1]) so ist der Vermächtnisnehmer im Zweifel sogar verpflichtet, den Erben von der persönlichen Verbindlichkeit in Höhe des

[1]) Vorbereitungsheft.

Grundstückswerts zu befreien. Dann soll nicht bloß das onus reale auf den Legatar übergehen, sondern er soll auch das onus personale dem Erben abnehmen, wenigstens in der Höhe, in welcher die Schuld durch den Wert des Grundstücks gedeckt wird, und zwar bestimmt sich dieser Wert zeitlich nach dem Augenblick des Eigentumsüberganges. In dem Augenblick, wo dem Legatar das Grundstück aufgelassen worden war, ist der Wert fixiert. „Das kann, wenn das Grundstück nachher im Werte sinkt, für den Vermächtnisnehmer hart werden."[1]) Bloß bei einer Sicherungshypothek mit Höchstbetrag soll nach § 2166 Abs. 3 diese Verpflichtung des Vermächtnisnehmers wegfallen.[2]) Hier sind Strohal und Küntzel aneinander gekommen.[3]) Ob die Bestimmung des Grundstückswerts nach dem Zeitpunkt des Eigentumsüberganges höchst ungerecht wirken können, ist streitig. M. E. ist es nicht anzunehmen.

Den komplizierten Fall der Korrealhypothek behandelt § 2167. Sind mehrere Erbschaftsgrundstücke mit einer Hypothek correaliter belastet, dann ist der Vermächtnisnehmer, der das eine Grundstück bekommt, zur Deckung der Hypothekenschulden nicht weiter verpflichtet, als nach dem Verhältnis des Werts des ihm vermachten Grundstücks zu dem Wert der übrigen Grundstücke. Dementsprechend ist auch in § 2168 entschieden. Ähnliches gilt, wenn mehrere Erbschaftsgrundstücke mit einer Gesamtgrundschuld oder Gesamtrentenschuld belastet sind und eins von ihnen vermacht ist.

§ 2172 Abs. 1 und Abs. 2 regelt den seltenen Fall, daß an der vermachten Sache durch ihre Verbindung: adjunctio oder Vermischung (confusio oder Vermengung, commixtio) mit einer andern Sache, oder durch ihre Spezifikation, ihre Verarbeitung oder Umbildung, das bisherige Eigentum erloschen und ein neues Allein- oder Miteigentum entstanden ist. Dann ist das Vermächtnis grundsätzlich wegen Unmöglichkeit unwirksam, weil das vermachte Eigentum nicht mehr existiert. „So, wenn der Erbe vermachtes Getreide zu Mehl vermahlen, Saatkorn zur Bestellung verwendet, Vieh geschlachtet hat."[4])

Geschah aber, so fügt § 2172 Abs. 2 hinzu, die Verbindung, Vermischung oder Vermengung durch einen andern als den Erblasser, das

[1]) Vorbereitungsheft.

[2]) Die Höchstbetragshypotheken sind keine normalen Erscheinungen. Der Gedanke, daß sie im Zweifel auf Kosten des Grundeigentums zu tilgen sind, tritt bei ihnen weniger hervor. Strohal 3. Aufl. S. 239.

[3]) Vgl. hierüber Strohal 3. Aufl. S. 240 ff.

[4]) Vorbereitungsheft.

soll wohl heißen, ohne dessen Willen, wenn also z. B. ein Dieb die vermachte Sache gestohlen und mit andern vermengt oder verbunden hat, so gilt das für den Erblasser entstandene Miteigentum oder Wegnahmerecht als vermacht. Es ist dann eben an Stelle des alten Eigentums als Surrogat ein Miteigentum oder Wegnahmerecht für den Erblasser bezw. Legatar getreten.

Besondere Auslegungsregeln, wie schon das römische und preußische Recht und alle anderen Gesetzbücher, das sächsische, österreichische u. s. w., gibt das B.G.B. für das legatum nominis im § 2173, und zwar im wesentlichen dieselben wie das römische Recht. Zunächst ist zu erinnern, daß das vermachte nomen, die vermachte Forderung des Erblassers hier wieder nicht ipso iure auf den Legaten übergeht, sondern erst vom Erben zediert werden muß. Daraus ergibt sich die praktisch sehr erhebliche Konsequenz, daß, wenn der Schuldner des vermachten nomen gegen den Erben eine kompensable Gegenforderung hatte, auch der Legatar unter dieser kompensablen Gegenforderung leiden kann, die gegen den Erben ging, weil ja eben der Legatar bloß als Zessionar des Erben das nomen bekommt und dieser der Kompensation des Schuldners unterlag. Dann bekommt der Legatar nichts und er hat von dem Erben, der liberiert ist, Regreß zu nehmen.

Zweifel entstehen besonders dann, wenn die vermachte Forderung schon vom Erblasser eingezogen worden ist, also beim Erbfall ein nomen gar nicht mehr besteht.

Hier entscheidet im allgemeinen § 2173 ebenso, wie das römische und preußische Recht, aber doch nicht ausnahmslos, dahin, daß, wenn der Gegenstand noch in der Erbschaft vorhanden ist, wenn also der Erblasser etwa das ihm geleistete Pferd noch in seinem Stalle behalten hat, dieser Gegenstand als Surrogat für vermacht gilt. Dann ist er an Stelle des nomen getreten.

War die Forderung auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet und ist diese noch bei Lebzeiten des Erblassers gezahlt worden, so soll jedoch im Zweifel dies Vermächtnis gelten, auch wenn sich eine solche Summe in der Erbschaft nicht mehr vorfindet. Jedoch nur im Zweifel.

Unger teilt z. B. aus der österreichischen Praxis folgenden Fall mit. Ein Testator sagte: „Mein Freund A. hat mir einst den Rat gegeben, eine größere Geldsumme (10 000 M.) beim Bankier X. niederzulegen. Diesem Rat bin ich damals gefolgt. Nachher ist der Bankier X. in Bankerott verfallen und ich habe nie einen Pfennig wiedergesehen. Deswegen vermache ich nun meinem Freunde A. zum Danke für seinen

damaligen Rat die Forderung gegen den bankerotten Bankier X.“ Vor dem Tode des Erblassers ist X. wieder zu Gelde gekommen und hat die ganzen 10000 M. dem Erblasser bezahlt. Dieser hat aber das Geld mit guten Freunden in einer Nacht verjubelt. Dann ist er gestorben. Nach dem B.G.B. bekommt dann der Legatar die 10000 M.; denn die Forderung war auf Zahlung der Geldsumme gerichtet. Dann gilt die Geldsumme als vermacht, auch wenn sich eine solche in der Erbschaft nicht mehr vorfindet. Die Praxis würde dazu den Mut haben müssen, wiewohl der Wille des Erblassers ein anderer war.[1])

Über das legatum liberationis und das legatum debiti bestimmt das B.G.B. nichts. Mit einiger Mühe findet man in den Motiven,[2]) daß sie einer Bestimmung nicht bedürfen, sondern die Entscheidung für die Praxis schon aus allgemeinen Momenten werde gefunden werden.

Das legatum liberationis, das Vermächtnis der Befreiung an denjenigen, der dem Erblasser etwas schuldet, bewirkt eine Forderung eines dritten auf den Nachlaß. Er hat nur einen Anspruch gegen den Erben auf substantielle Befreiung, auf Herausgabe seines Schuldscheins, Kassation des Wechsels, den der Erbe in Händen hat u. dergl. Wenn aber der Erblasser schon bei Lebzeiten trotz des im Testament stehenden legatum liberationis von seinem Schuldner die Leistung eingezogen hatte, so ist dies Vermächtnis gegenstandslos. Dann ist nach allgemeinen Prinzipien in der Tat dem Legatar kein Anspruch mehr zuzuerkennen.

Über das legatum debiti schreiben die Motive (Bd. V S. 151—153) drei Seiten, aber nur um zu beweisen, daß es gar nicht nötig wäre, darüber etwas zu bestimmen. Der Gesetzgeber könne doch die schwierige Frage nicht lösen, die darin besteht, ob der Erblasser, wenn er einem Gläubiger das vermacht, was dieser von ihm zu fordern hatte, dann dem Gläubiger wirklich ein Vermächtnis hat geben wollen oder vielmehr nur ein Schuldanerkenntnis, oder ob er, was am nächsten liege, den Erben bloß hat benachrichtigen wollen, daß er dem Gläubiger etwas schuldig sei. Das wäre doch eine eigentümliche Art von Benachrichtigung, die man ins Testament schreibt.[3]) Das B.G.B. sagt darüber nichts. So wird in Zukunft alles auf Willensinterpretation gestellt sein.

2. Bei dem Vermächtnis einer nur der Gattung nach bestimmten Sache (§§ 2182 und 2183) hat der Beschwerte ein den Verhältnissen

[1]) Ich bin a. M. wegen der Worte „im Zweifel“.

[2]) Bd. 5 S. 170.

[3]) Ein vernünftiger Zweck läßt sich dabei sehr wohl denken.

soll wohl heißen, ohne dessen Willen, wenn also z. B. ein Dieb die vermachte Sache gestohlen und mit andern vermengt oder verbunden hat, so gilt das für den Erblasser entstandene Miteigentum oder Wegnahmerecht als vermacht. Es ist dann eben an Stelle des alten Eigentums als Surrogat ein Miteigentum oder Wegnahmerecht für den Erblasser bezw. Legatar getreten.

Besondere Auslegungsregeln, wie schon das römische und preußische Recht und alle anderen Gesetzbücher, das sächsische, österreichische u. s. w., gibt das B.G.B. für das legatum nominis im § 2173, und zwar im wesentlichen dieselben wie das römische Recht. Zunächst ist zu erinnern, daß das vermachte nomen, die vermachte Forderung des Erblassers hier wieder nicht ipso iure auf den Legaten übergeht, sondern erst vom Erben zediert werden muß. Daraus ergibt sich die praktisch sehr erhebliche Konsequenz, daß, wenn der Schuldner des vermachten nomen gegen den Erben eine kompensable Gegenforderung hatte, auch der Legatar unter dieser kompensablen Gegenforderung leiden kann, die gegen den Erben ging, weil ja eben der Legatar bloß als Zessionar des Erben das nomen bekommt und dieser der Kompensation des Schuldners unterlag. Dann bekommt der Legatar nichts und er hat von dem Erben, der liberiert ist, Regreß zu nehmen.

Zweifel entstehen besonders dann, wenn die vermachte Forderung schon vom Erblasser eingezogen worden ist, also beim Erbfall ein nomen gar nicht mehr besteht.

Hier entscheidet im allgemeinen § 2173 ebenso, wie das römische und preußische Recht, aber doch nicht ausnahmslos, dahin, daß, wenn der Gegenstand noch in der Erbschaft vorhanden ist, wenn also der Erblasser etwa das ihm geleistete Pferd noch in seinem Stalle behalten hat, dieser Gegenstand als Surrogat für vermacht gilt. Dann ist er an Stelle des nomen getreten.

War die Forderung auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet und ist diese noch bei Lebzeiten des Erblassers gezahlt worden, so soll jedoch im Zweifel dies Vermächtnis gelten, auch wenn sich eine solche Summe in der Erbschaft nicht mehr vorfindet. Jedoch nur im Zweifel.

Unger teilt z. B. aus der österreichischen Praxis folgenden Fall mit. Ein Testator sagte: „Mein Freund A. hat mir einst den Rat gegeben, eine größere Geldsumme (10 000 M.) beim Bankier X. niederzulegen. Diesem Rat bin ich damals gefolgt. Nachher ist der Bankier X. in Bankerott verfallen und ich habe nie einen Pfennig wiedergesehen. Deswegen vermache ich nun meinem Freunde A. zum Danke für seinen

damaligen Rat die Forderung gegen den bankerotten Bankier X.“ Vor dem Tode des Erblassers ist X. wieder zu Gelde gekommen und hat die ganzen 10000 M. dem Erblasser bezahlt. Dieser hat aber das Geld mit guten Freunden in einer Nacht verjubelt. Dann ist er gestorben. Nach dem B.G.B. bekommt dann der Legatar die 10000 M.; denn die Forderung war auf Zahlung der Geldsumme gerichtet. Dann gilt die Geldsumme als vermacht, auch wenn sich eine solche in der Erbschaft nicht mehr vorfindet. Die Praxis würde dazu den Mut haben müssen, wiewohl der Wille des Erblassers ein anderer war.[1])

Über das legatum liberationis und das legatum debiti bestimmt das B.G.B. nichts. Mit einiger Mühe findet man in den Motiven,[2]) daß sie einer Bestimmung nicht bedürfen, sondern die Entscheidung für die Praxis schon aus allgemeinen Momenten werde gefunden werden.

Das legatum liberationis, das Vermächtnis der Befreiung an denjenigen, der dem Erblasser etwas schuldet, bewirkt eine Forderung eines dritten auf den Nachlaß. Er hat nur einen Anspruch gegen den Erben auf substantielle Befreiung, auf Herausgabe seines Schuldscheins, Kassation des Wechsels, den der Erbe in Händen hat u. dergl. Wenn aber der Erblasser schon bei Lebzeiten trotz des im Testament stehenden legatum liberationis von seinem Schuldner die Leistung eingezogen hatte, so ist dies Vermächtnis gegenstandslos. Dann ist nach allgemeinen Prinzipien in der Tat dem Legatar kein Anspruch mehr zuzuerkennen.

Über das legatum debiti schreiben die Motive (Bd. V S. 151—153) drei Seiten, aber nur um zu beweisen, daß es gar nicht nötig wäre, darüber etwas zu bestimmen. Der Gesetzgeber könne doch die schwierige Frage nicht lösen, die darin besteht, ob der Erblasser, wenn er einem Gläubiger das vermacht, was dieser von ihm zu fordern hatte, dann dem Gläubiger wirklich ein Vermächtnis hat geben wollen oder vielmehr nur ein Schuldanerkenntnis, oder ob er, was am nächsten liege, den Erben bloß hat benachrichtigen wollen, daß er dem Gläubiger etwas schuldig sei. Das wäre doch eine eigentümliche Art von Benachrichtigung, die man ins Testament schreibt.[3]) Das B.G.B. sagt darüber nichts. So wird in Zukunft alles auf Willensinterpretation gestellt sein.

2. Bei dem Vermächtnis einer nur der Gattung nach bestimmten Sache (§§ 2182 und 2183) hat der Beschwerte ein den Verhältnissen

[1]) Ich bin a. M. wegen der Worte „im Zweifel“.

[2]) Bd. 5 S. 170.

[3]) Ein vernünftiger Zweck läßt sich dabei sehr wohl denken.

des Bedachten entsprechendes Objekt zu leisten, im übrigen hat der Beschwerte hier im allgemeinen dieselben Verpflichtungen wie der Verkäufer einer Sache. Er muß das Recht an einer solchen Sache dem Bedachten verschaffen, und er muß auch Gewähr leisten dafür, daß das Eigentum auf den Bedachten übergehe. Das Gleiche gilt nach § 2182 Abs. 2 auch dann, wenn ein zwar bestimmter aber doch nicht zur Erbschaft gehöriger Gegenstand vermacht ist. Z. B. Bild von Menzel, das auf der Ausstellung ist, dem Vermächtnisnehmer außerordentlich gefallen hat und ihm deshalb vermacht wird. Dann ist der Erbe verpflichtet, ihm das Bild zu verschaffen und dafür, daß das Eigentum daran wirklich dem Legatar übertragen werde, Gewähr zu leisten.

Nach § 2182 Abs. 3 hat der Erbe nur bei Grundstücken nicht dafür einzustehen, daß sie von Grunddienstbarkeiten, Reallasten und von persönlichen beschränkten Dienstbarkeiten frei sind. Diese Lasten werden als untergeordnete betrachtet und sie muß also der Legatar eines nur der Gattung nach bestimmten Grundstücks sich gefallen lassen.[1])

Ist die zur Erfüllung des legatum generis von dem Beschwerten gelieferte Sache aber mangelhaft, so kann der Bedachte ebenso wie ein Käufer nach § 480 eine fehlerfreie, eine mangelfreie Sache verlangen. Dagegen kann er nicht ohne weiteres Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, sondern dieses nur bei Arglist, d. h. wenn der Beschwerte die Sache wissend um ihre Mangelhaftigkeit dem Legatarius leistete.

5. Auflagen. (§§ 2192—2196.)

§ 22.

Die Auflagen stehen großen Teils unter ähnlichen Regeln wie die Vermächtnisse.

Der Begriff der Auflage würde auch nach dem B.G.B. wie nach gemeinem Recht etwa zu bestimmen sein als eine Leistungspflicht, mit welcher der Empfänger einer letztwilligen Zuwendung beschwert ist. Aber der Unterschied vom Vermächtnis liegt darin, daß dem Beschwerten kein Forderungsberechtigter gegenübersteht, oder daß derjenige, dem etwa die Zuwendung zu Gute kommen soll, nicht die Stellung eines Vermächtnisnehmers hat (§ 1940).

---

[1]) Weniger weit geht § 436.

„Beispiele: Errichtung eines Denkmals, eine Heirat, eine Kunstreise u. dergl.“[1]).

Gleichwohl ist nun aber der modus oder die Auflage keineswegs unerzwingbar. Im Gegenteil, das B.G.B. geht in dem Zwange weiter als irgend ein anderes bisheriges Gesetzbuch.

Auf Erfüllung der Auflage kann von sehr verschiedenen Personen geklagt werden, und zwar nach § 2194 vom Erben, Miterben oder einem Dritten, dem der Wegfall des Beschwerten zu Gute kommen würde, eine ganz wichtige Neuerung. Wenn z. B. ein Alleinerbe eingesetzt und mit einem Modus belastet ist, dann kann auch der Hintermann des Alleinerben, der Substitut oder nun der nächste Inteſtaterbe auf Erfüllung des Modus klagen. Offenbar denkt das B.G.B. daran, daß dieser, wenn ihm auch die Erfüllung des Modus vielleicht ganz gleichgültig ist, ja er sogar wünscht, daß der Modus nicht erfüllt werde, doch insofern ein Interesse hat, als er Hintermann des Dritten ist und event. an dessen Stelle treten kann.[2])

Nach § 2194 ist, wenn die Auflage im öffentlichen Interesse liegt, auch die zuständige Behörde auf Erfüllung zu klagen aktiv legitimiert. Dabei kann nach § 2193 der Erblasser, wenn er nur einen Zweck angegeben hat, die Bestimmung der begünstigten Personen hier den Beschwerten oder einem Dritten überlassen. Er kann z. B. bestimmen, daß der Erbe 5000 M. den mündigen, verschämten Armen auszahlen soll, oder einem fleißigen Studenten 2c. Dann liegen wegen Mangels der Bestimmtheit der Person keine Vermächtnisse vor, wohl aber Auflagen. Dann kann, wenn kein Dritter bestimmt ist, der die verschämten Armen oder den fleißigen Studenten auswählen soll, der Beschwerte dies tun. Wenn der Beschwerte sich zur Erfüllung des Modus rechtskräftig verurteilen läßt, so kann der siegreiche Kläger ihm auch eine Frist stecken. Trifft der verurteilte Beschwerte auch während der Frist keine Bestimmungen, so darf der Kläger selber die durch den Modus begünstigten Personen bestimmen. Wenn der Dritte, der vom Erblasser bezeichnet war, die Bestimmung nicht treffen kann, so sollen die Bestimmungsrechte auf den Beschwerten übergehen. Wird aber die Erfüllung des Modus unmöglich, so soll dann die ganze Zuwendung doch

[1]) Vorbereitungsheft. Einen Zwang zur Eheschließung hat natürlich Eck hier nicht als möglich hinstellen wollen.

[2]) Dieses entfernte Interesse rechtfertigt die Vorschrift wohl kaum. In Wahrheit wollte hier das Gesetzbuch um jeden Preis jemanden finden, der den letzten Willen wahrt. Der Hintermann, der darüber verstimmt ist, daß ihm ein anderer vorgezogen worden ist, eignet sich sehr gut zu dieser Rolle.

nicht ohne Weiteres unwirksam werden. (§ 2195.) Ebenso schon das römische Recht, abweichend vom preußischen Recht (A.L.R. I, 12 §§ 510 ff.).

Der Modus gilt als eine Zusatzbestimmung. Bei einer Zuwendung sub modo kommt es hiernach in erster Linie dem Geber auf Bereicherung des Bedachten an und erst in zweiter Linie auf den Modus. Diese Bestimmung des B.G.B. entspricht aber der mutmaßlichen Absicht des Gebers nicht, der zufolge auch die Bereicherung des Bedachten mit der Auflage über den Haufen fällt.[1])

Nur dann ist eine Ausnahme gemacht (§ 2195), wenn der Erblasser die Zuwendung ohne die Auflage nicht bestimmt haben würde, also wenn ein Wille des Erblassers erkennbar ist, Zuwendung und Modus in untrennbarem Zusammenhang zu halten.

Die Schlußbestimmung des § 2196 ist sehr merkwürdig, sie enthält eine Neuschöpfung, aber schwerlich eine glückliche. Wenn nämlich die Unmöglichkeit der Erfüllung des Modus durch den Beschwerten zu vertreten ist, also seine culpa die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, so kann derjenige, welchem der Wegfall des Beschwerten zu Gute kommen würde, von diesem so viel als ungerechtfertigte Bereicherung herausverlangen als zur Erfüllung des Modus hätte verwendet werden müssen. Anders und vielleicht anschaulicher ausgedrückt, es kann der Hintermann des Beschwerten so viel herausverlangen, als der Beschwerte durch Nichterfüllung des Modus erspart hat. Das ist ganz dieselbe Regel wie bei der Schenkung (§ 527), bei der derjenige, der eine donatio sub modo gemacht hat, wenn der Modus durch Verschulden des Beschenkten unmöglich wird, so viel herausverlangen kann, als zur Erfüllung des Modus hätte aufgewendet werden müssen.

Das gleiche gilt nach § 2196 Abs. 2 auch für den anderen Fall, wenn der Beschwerte die Vollziehung verweigert hat und Zwangsmittel gegen ihn fruchtlos geblieben sind (also wenn nicht Unmöglichkeit vorliegt, sondern der Beschwerte nur halsstarrig ist, so daß er sich verurteilen und selbst durch Exekution ad faciendum nicht zwingen läßt). Strohal[2]) tadelt das sehr, und mit Recht. Es ist dagegen bemerkt worden, daß die Kommission absichtlich nicht die ganze Zuwendung (wie im römischen und im preußischen Rechte) sondern nur das Ersparte herausgeben lassen wollte. Ersteres enthält eine Strafe und es können nicht als Absicht des Erblassers vermutet werden, daß er eine solche

[1]) Es ist schwer in dieser Hinsicht über die mutmaßliche Absicht des Gebers zutreffende allgemeine Regeln aufzustellen.

[2]) Vgl. jetzt 3. Aufl. S. 258 ff.

gewünscht habe. Darüber läßt sich sehr streiten.[1]) Hier wird die Durchführung dieses Gedankens noch viel schwieriger, wie bei Schenkung, weil hier der Geber schon im Grabe liegt. Wenn der Erblasser jemand ein Kapital vermacht, damit er ihm ein Denkmal setze oder seinen Sohn auf eine italienische Reise schicke, wieviel wäre dann für das Denkmal oder die italienische Reise aufzuwenden gewesen? In manchen Fällen braucht der Beschwerte für die Erfüllung des Modus kein bares Geld aufzuwenden, z. B. wenn eine Gedächtnisfeier veranstaltet oder eine Büste irgendwo aufgestellt werden soll, oder auch bei Unterlassungen, wenn die Erlaubnis zum Kopieren eines Bildes erteilt, nicht Hazard gespielt werden soll u. dergl. Das kostet ihn gar nichts. Wenn er das Auferlegte nicht tut, sondern die Büste auf den Boden stellt, statt in den gewünschten Saal, so kann der Hintermann ihm gar nichts abfordern, weil nichts da ist, was er hätte aufwenden müssen.[2]) Schollmeyer teilt folgenden Fall mit: Der Erblasser vermachte 10000 Mark, damit der Empfänger von der Anzeige eines Diebstahls, der ihm in Höhe von 5000 Mark von einem nahen Verwandten des Erblassers zugefügt war, Abstand nehme. Der Bedachte nahm die 10000 Mark und zeigte gleichwohl den nahen Verwandten an. Nach dem B.G.B. kann ihm abgefordert werden, was er zur Erfüllung des Modus hätte aufwenden müssen. Das ist gar nichts. Er kann die 10000 Mark behalten, obwohl er den Modus böswilliger Weise unerfüllt gelassen hat.[3])

6. Testamentsvollstrecker. (§§ 2197—2228.)

§ 23.

Die Lehre von der Testamentsvollstreckung ist wohl der einzige Fall, in dem das B.G.B. zur Regelung einer Lehre mehr als fünf Mal so viel Paragraphen für nötig gehalten hat, als das Pr. A.L.R. Das Pr. A.L.R. widmet dieser Lehre nur sechs Paragraphen, das B.G.B. über 30.

Hervorzuheben sind: 1. Rechtsanwalt August Sturm in Naumburg „Die Lehre von den Testamentsvollstreckern nach dem B.G.B." Leipzig 1898.

2. Georg Marcus, Landgerichtsrat in Berlin, „Die Testamentsvollstreckung nach dem B.G.B." im Sächsischen Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 8 Heft 1 u. 2 S. 98 ff., eine Abhandlung mit mancherlei wertvollen Bemerkungen.

---

[1]) Vgl. oben Bd. 1 S. 478.

[2]) Vgl. oben S. 478 Anm. 2.

[3]) Sofern nicht § 812 Satz 2 oder § 817 zu helfen vermag.

Beide Schriftsteller spenden dem B.G.B. warmes Lob. Auch Strohal[1]) tut dies. Im ganzen wird man diesem günstigen Urteil wohl zustimmen dürfen, obwohl genug Schwierigkeiten übrig bleiben. Im gemeinen Recht ist die ganze Lehre unsicher und bestritten, und im A.L.R. I, 12 §§ 557—562 ist sie viel zu dürftig geregelt.

Als Hauptfrage gilt, wen denn eigentlich der Testamentsvollstrecker bei seiner Geschäftsführung vertrete, wessen Vertreter er sei.[2]) Auf diese Frage haben nun drei Berliner Professoren drei verschiedene, wie ich glaube, unhaltbare Antworten gegeben. Herrschende Ansicht ist, daß der Testamentsvollstrecker Vertreter des Erben sei. Frühere Juristen haben sie auf eine Art Vormundschaft, die er überkomme, gegründet. Allein man kann eine Vormundschaft nicht durch eine Privatverfügung entstehen lassen.[3])

Später hat man gesagt, er bekomme diese Vertretungsbefugnis gegenüber dem Erben durch ein Mandat. Aber dann gelangt man dazu, daß ihm die Vertretung jeden Augenblick durch den Erben müßte entzogen werden können, da ein Mandat widerruflich ist.[4]) Um diese fatale Konsequenz zu vermeiden, hat Hinschius in einer namhaften Abhandlung[5]) ausgeführt, die Vertretungsbefugnis des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Erben entspringe vielmehr aus einer testamentarischen Verfügung des Erblassers. Er ernenne die Erben mit der Gebundenheit, sich durch den Testamentsvollstrecker vertreten zu lassen. Aber auch dabei bleibt doch wieder die Konsequenz, daß dann der Testamentsvollstrecker gegen die Erben selber nicht auf Ausführung irgend einer letztwilligen Verfügung würde klagen können; denn er kann doch nicht im Namen der Erben gegen die Erben klagen.[6])

---

[1]) 3. Aufl. S. 266. Daselbst weitere Literatur S. 267 ebenso bei Landsberg, das R. des B.G.B. II. S. 1202. Vgl. auch Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht; Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 1 ff.; Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900, § 9 S. 68 ff.; Kohler, Lehrbuch des Bürg. R. Bd. I S. 429.

[2]) Bei der Vieldeutigkeit des Wortes „Vertreter" (vgl. des Herausgebers allgemeinen Teil S. 297 ff.) trägt schon diese Fragestellung eine Unklarheit in die Lehre hinein.

[3]) Wenn das Gesetz es erlaubt, kann man es allerdings.

[4]) Bekanntlich nicht immer. Übrigens ist das Wort „Mandat" ebenso vieldeutig, wie das Wort „Vertreter".

[5]) Preuß. Anwalts-Zeitung Bd. 5 S. 753 und Zeitschr. f. Gesetzgeb. und Rechtspflege Bd. 1 S. 518.

[6]) Man kann sich sehr wohl vorstellen, daß der Erblasser zugleich mit der Bevollmächtigung des Vollstreckers gegenüber Dritten ein Schuldverhältnis zwischen dem Erben und dem Vollstrecker schaffen darf.

Aber es ist gerade sehr wünschenswert, daß er eine solche Klage erheben könne.

Nach Dernburg und Sturm ist er Vertreter des Nachlasses, nicht der Erben.[1]) Darauf liegt natürlich der Einwand nahe, daß der Nachlaß zum Vermögen des Erben oder der Erben gehört, und ein einzelner Teil eines Vermögens oder mehrerer Vermögen einen besonderen Vertreter nicht haben könne.[2]) Darum ist auch diese Konstruktion schwerlich haltbar.

Beseler[3]) erklärte den Testamentsvollstrecker für den Vertreter des Erblassers, wie er es ausgedrückt hat, formeller Repräsentant des Erblassers. Der Verstorbene ist aber kein Rechtssubjekt mehr, und kann sich deshalb nicht vertreten lassen.

Auch das A.L.R. bessert nichts, indem es in § 557 sagt, der Testamentsvollstrecker sei als ein Bevollmächtigter des Erblassers, und die letztwillige Verordnung als seine Vollmacht und Instruktion anzusehen. Damit kommen wir wieder auf die Mandatstheorie zurück.[4])

Infolgedessen ist die Praxis schwankend und widerspruchsvoll. Es ist daran zu erinnern, daß namentlich auch das Reichsgericht über einige Fragen wiederholt geschwankt hat, z. B. über die Frage, ob, wenn alle Nachlaßbeteiligten übereinstimmend eine Verfügung über den Nachlaß getroffen sehen wollen, die vom Testamente abweicht, der Testamentsvollstrecker dennoch widersprechen könne, obwohl niemandes Recht verletzt wird.[5])

Früher verneinte das Reichsgericht in verschiedenen Fällen diese Frage; allein ein Plenarbeschluß hat dem Testamentsvollstrecker ein Widerspruchsrecht beigelegt, weil eben der Wille des Erblassers entscheidend sei und nicht bloß eine Rücksicht auf Rechte anderer Personen.

Eine andere Frage, über die das Reichsgericht verschieden erkannt hat, ist, ob der Testamentsvollstrecker für Klagen auf Feststellung der Giltigkeit des Testaments aktiv legitimiert sei, und umgekehrt passiv

---

[1]) Das Vertreten von Objekten ist immer etwas anderes als das Vertreten von Subjekten. Beides kann sehr wohl zusammen treffen. Kohler a. a. O. (S. 142 Anm. 1) spricht freilich nicht von einer Vertretung der Nachlaßmasse, sondern von einer solchen des Nachlasses als einer juristischen Person. Dies wäre freilich mit einer Vertretung der Erben unvereinbar.

[2]) Letzteres vermag ich nicht einzusehen.

[3]) System des gem. deutschen Privatrechts. Bd. I, § 143.

[4]) M. E. ist diese — richtig gefaßt — unanfechtbar. Es gibt einseitige letztwillige Bevollmächtigungen, wenn es auch keinen letztwilligen Mandatsvertrag geben kann.

[5]) Zwar kein Recht; wohl aber der Zweck des Instituts.

legitimiert bei Klagen auf Ungiltigkeitserklärungen des Testaments. Früher hat das Reichsgericht dies verneint, später Bd. 32[1]) sagte es, es komme hier auf den Willen des Erblassers an. Dieser wird aber in den meisten Fällen gar nicht erkennbar sein.[2])

Noch andere zweifelhafte Fragen sind, wie weit der Testamentsvollstrecker bei der Verwaltung des Nachlasses Schulden machen dürfe, und wie weit die Urteile, die er in Prozessen erstreitet, bindende Kraft für den Erben haben.

Zur Lösung dieser Frage hat man neuestens eine andere Lehre aufgestellt, auf die sich auch die Sätze des B.G.B. zurückführen lassen. Danach soll die Grundlage für die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers nicht in irgend einer Vertretungsmacht beruhen, sondern er soll vielmehr durch den Erblasser dessen Rechte und Pflichten überkommen, dessen letzten Willen ausführen. Kraft der Autonomie des Erblassers werde der Testamentsvollstrecker zur Verwirklichung des erblasserischen Willens berufen. Er sei nicht Vertreter irgend jemandes, so daß er alieno nomine zu handeln habe, sondern er sei direkt Willensorgan des Verstorbenen, oder wie Brunner es auf dem letzten Juristentag[3]) formuliert hat: Willenssubstitut des Erblassers.[4]) Nach dieser Theorie bekommt eben der Erbe ein beschränktes Erbrecht, nämlich beschränkt durch die Gebundenheit, sich die Verwirklichung des letzten Willens durch den Testamentsvollstrecker gefallen zu lassen. Diese eigenartige Grundlage für die Macht des Testamentsvollstreckers, die ihn also nicht als Vertreter anderer Personen, sondern aus eigenem Recht handeln läßt, wenn auch dies nur vom Erblasser abgeleitet ist, bezeichnet nun das B.G.B. im § 2202 mit einem ganz passenden Ausdrucke als Amt.

„Das Amt des Testamentsvollstreckers beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Ernannte das Amt annimmt."[5]) Damit ist, wie ich glaube, die Unabhängigkeit des Testamentsvollstreckers von dem Willen des Erben ganz gut markiert. Diese können ihm keine Vorschriften machen, noch weniger seine Stellung entziehen. Zugleich aber ist mit dem Ausdruck „Amt" doch auch der Charakter seiner Stellung bezeichnet als einer nicht lediglich durch den Willen des Erblassers (be-

[1]) Anm. S. 152 ff.

[2]) Im Zweifel wird es ihm wohl erwünscht gewesen sein, daß sein Vertrauensmann für seinen letzten Willen streiten dürfe.

[3]) Verhdl. des 21. Juristentages Bd. 3 S. 244.

[4]) M. E. steht dies mit der richtig gefaßten Mandatstheorie nicht im Widerspruch.

[5]) Man übersehe nicht, daß doch auch der Vormund ein Amt hat und trotzdem als (gesetzlicher) Vertreter des Mündels bezeichnet wird.

stimmten und begrenzten), sondern als einer „durch Gesetz bestimmten und bezeichneten."[1]) Dabei kann die Befugnis des Testamensvollstreckers mehr oder minder weit ausgedehnt werden. Der Entwurf I zum B.G.B. begrenzte sie außerordentlich eng. Da war der Testamentsvollstrecker im großen und ganzen abhängig vom Erben, dieser konnte ihn in seiner Geschäftsführung lahm legen.[2]) Das B.G.B. hat dagegen umgekehrt die Machtbefugnis des Testamentsvollstreckers sehr weit ausgedehnt. Danach hat er einen Vertrauensposten inne, und ist ähnlich wie der Vorerbe gegenüber dem Nacherben ganz außerordentlich freigestellt. Der Testamentsvollstrecker hat nicht bloß die Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen, er hat auch die Verwaltung des Nachlasses. Ja noch mehr, er hat auch die Auseinandersetzung der Erben unter einander zu bewirken.

Diese Idee, daß der Testamentsexekutor niemanden vertrete,[3]) daß er, um mit Brunner zu reden, Willenssubstitut des Erblassers sei, findet auch Marcus im B.G.B. ausgesprochen und im wesentlichen ebenso Sturm. Letzterer hält zwar daran fest, daß der Testamentsvollstrecker Vertreter des Nachlasses sei, zieht aber doch daraus keine Konsequenzen. Als Prinzip betont er durchweg die Pflicht des Testamentsexekutors als des alten Treuhänders zur Treue gegen den Toten[4]) und er entwickelt den Gedanken dieser Treuhänderschaft gegenüber dem Erblasser mit fast poetischen Wendungen. Das ist eben im wesentlichen das Prinzip eines Willensorgans oder Willenssubstituten.[5])

Die ganze Masse des Stoffs ist in einigen Gruppen von Sätzen aufzulösen.

1. Ernennung des Testamentsvollstreckers hat nach § 2197 durch Testament zu erfolgen, also niemals durch Erbvertrag. Denn beim Erbvertrag fiele die Widerruflichkeit weg[6]), und bei Ernennung

[1]) Vorbereitungsheft. Das Gesetz setzt hier der Privatautonomie des Erblassers Schranken, wie auch sonst.

[2]) Dafür ersparte man dem Erben das drückende Gefühl der Abhängigkeit, von dem er jetzt nicht verschont bleibt.

[3]) Wer meine Angelegenheit ordnet und mein Wohl beachten muß, vertritt mich im gewissen Sinne.

[4]) Vgl. hierzu die bahnbrechenden Untersuchungen von Alfred Schulze. Treuhänder im geltenden Recht. Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 1 ff. und andererseits Kohler, Lehrbuch des bürg. R., Bd. I S. 429.

[5]) Jeden Vertreter kann man als einen Willenssubstituten dessen, der ihn ernennt, bezeichnen. Damit ist m. E. nur ein neues Wort gewonnen und nicht die Vertretung verneint.

[6]) Nicht unbedingt, s. unten. Der Erbvertrag würde aber hier keinen Zweck haben.

eines solchen Vertrauensmannes soll der Erblasser die Widerrufsmöglichkeit bis zum Tode haben. Da nun aber, wie erinnerlich, Testament jede einseitige Verfügung von Todes wegen ist, so ergibt sich von selbst, daß der Erblasser einen Testamentsvollstrecker ernennen kann, ohne einen Erben zu ernennen. Treibt man es auf die Spitze, so braucht das Testament gar nichts weiter zu enthalten als: „Zum Testamentsvollstrecker ernenne ich Herrn X." Nun kann man natürlich fragen, was für Anordnungen des Erblassers ein solcher vollstrecken solle. Er hat die Regulierung des Nachlasses für die gesetzlichen Erben zu bewirken, den Nachlaß zu verwalten und die Auseinandersetzung zu betreiben.

Nach § 2197 kann der Erblasser auch mehrere Testamentsvollstrecker ernennen. Er kann ferner, was sehr weit geht, nach § 2198 die Bestimmung eines Testamentsvollstreckers sogar auch einem dritten überlassen.[1])

Ja, nach § 2199 kann er den ernannten Testamentsvollstrecker ermächtigen, sich andere zu kooptieren, mit anderen Worten Personen zu Testamentsvollstreckern werden lassen, die er vielleicht gar nicht gekannt hat.[2])

Endlich kann er nach § 2200 auch das Nachlaßgericht bitten, ihm einen Testamentsvollstrecker zu ernennen.

Während also sonst das B.G.B. abgeneigt ist, dem Erblasser zu gestatten, daß er seinen Willen dem eines Dritten unterordnet, geht es hier auf einmal in das andere Extrem über. Eingeengt in der Wahl ist er eigentlich nur durch § 2201, indem er nämlich keinen Geschäftsunfähigen oder auch nur beschränkt Geschäftsunfähigen zum Vollstrecker machen kann. Also sind z. B. Frauen keineswegs ausgeschlossen, auch Ehefrauen nicht. „Dies wird bald praktisch werden." [3]) Wenn nun einer Ehefrau eine Testamentsvollstreckung übertragen ist, die ihr Arbeiten auferlegt, und sie sie übernommen hat, so ist bestritten, ob der Ehemann diese nicht nach § 1358 kündigen könne. Marcus

[1]) Vorbereitungsheft.

[2]) Es handelt sich hier nicht um eine persönliche Gunst, sondern um eine sachliche Tauglichkeit. Hier brauchen die höchstpersönlichen Neigungen des Erblassers nicht mitzusprechen. Dazu kommt, daß ein Erblasser, wenn er einem Dritten darin blindlings vertraut, daß er es ihm überläßt, den Empfänger einer Gabe zu bestimmen, dies dadurch erreichen kann, daß er ihm etwas zuwendet, damit es der Dritte beliebig weiter vergebe. Dieser Ausweg würde aber bei der Ernennung von Testamentsvollstreckern nicht möglich sein. Darum darf dem Dritten bei Testamentsvollstreckern eine Ergänzung des letzten Willens anvertraut werden, während sie ihm bei Zuwendungen versagt ist.

[3]) Vorbereitungsheft.

verneint die Frage, weil kein Dienstvertrag vorliege. Allein § 1358 spricht doch nicht bloß von Dienstverträgen. Es ist also anzunehmen, daß ein Ehemann solche Dienstleistungen, die die Frau als Testamentsvollstreckerin übernommen hat, dadurch zum Erlöschen bringen kann, daß er kündigt.

Auffallend könnte nun erscheinen, daß § 2201 anscheinend Ehrlose „und im Konkurs befindliche“ [1]) nicht ausschließt. Die Erklärung liegt darin, daß nach § 2227 das Gericht das Recht hat, den Testamentsvollstrecker aus wichtigen Gründen zu entlassen.

Nach § 2202 beginnt das Amt des Testamentsvollstreckers nicht von selber, wie die Erbenqualität, sondern vielmehr erst mit der Annahme, die durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte erfolgt. Nötigenfalls wird der Annahmeerklärung eine Frist gesteckt; wenn er dann bis zu deren Ablauf schweigt, so gilt dies Schweigen als Ablehnung.

Nach der Annahme hat, wie § 2368 bestimmt, das Nachlaßgericht dem Vollstrecker eine Legitimationsurkunde auszustellen, oder, wie der Ausdruck des B.G.B. lautet, ein Zeugnis. Dieses Zeugnis wirkt dann wie ein Erbschein, begründet eine Vermutung für die Richtigkeit seines Inhalts u. s. w.

2. Die Machtbefugnis oder der Wirkungskreis des Testamentsvollstreckers war nach dem Pr. A.L.R. außerordentlich eng gezogen. Er hatte zunächst nur die Vollziehung des letzten Willens zu betreiben und nur kraft besonderer Anordnung des Erblassers auch die Verwaltung des Nachlasses. Das B.G.B. macht es gerade umgekehrt. Die executio universalis bekommt er gleich ipsa lege:

a) Der Testamentsvollstrecker hat die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen (§ 2203).

b) Er hat auch die Auseinandersetzung unter mehreren Miterben zu bewirken (§ 2204).

c) Er hat den Nachlaß zu verwalten (§ 2205).

Er ist also nicht bloß (zu a), wie Entwurf I formuliert hatte, den Erben gegenüber verpflichtet, die Verfügungen des Erblassers auszuführen, sondern die Worte „den Erben gegenüber“ sind absichtlich gestrichen, um die Unabhängigkeit des Testamentsvollstreckers von dem Erben zu markieren.

Auch wider den Willen des Erben muß er die Verfügungen des Erblassers zur Ausführung bringen und auch ohne alle Rücksicht darauf,

[1]) Vorbereitungsheft.

ob irgend ein Mensch unter den Lebenden ein Interesse an der Ausführung hat oder nicht; also auch nuda praecepta des Erblassers, die keinem Dritten ein Recht geben, muß er verwirklichen.

In Seufferts Archiv findet sich folgender Fall: „Meine Erben sollen den und den Teil meines Nachlasses zu einem Familienfideikommiß widmen." Jetzt sind die Erben darüber einig, daß es besser sei, das ganze Familienfideikommiß unerrichtet zu lassen. Es kann der Testamentsvollstrecker sie zwingen, gegen sie auf Verwirklichung klagen, obwohl ein dritter Interessent zur Zeit vielleicht gar nicht vorhanden ist. Ein Berliner Bankier bestimmte, daß sein Sohn bis zum 24. Lebensjahre sich die Verwaltung des Vermögens durch den Testamentsvollstrecker gefallen lassen solle und bis dahin mit einer Revenue von 10000 M. vorlieb zu nehmen habe. Der einzige Sohn des Erblassers, der bereits majorenn geworden war, verlangte jetzt in den unbeschränkten Genuß seines Vermögens zu treten. Um das zu verwirklichen, cedierte er zunächst einmal eine Hypothek, die auf seinen Namen geschrieben war, an einen Dritten. Der Dritte klagte nun gegen den Testamentsvollstrecker auf Herausgabe des Hypothekeninstrumentes. Er konnte nicht durchdringen (Reichsgerichts-Entscheidung). Freilich hat kein Dritter ein Interesse daran, daß der einzige Sohn des Erblassers bis zum 24. Jahre nur 10000 M. Revenuen bekommt, aber es war der Wille des Verstorbenen, und den hat der Testamentsvollstrecker zu verwirklichen, gleichviel, ob irgend ein Recht Dritter sich daran knüpft.

Es folgt weiter daraus, daß, wenn der Erblasser eine Stiftung errichtet hat, der Testamentsvollstrecker die Genehmigung erwirken muß.

Eine alte Streitfrage, für die das Pr. A.L.R. keine Lösung gefunden hat, ist, ob der Erblasser den Testamentsvollstrecker auch mit der authentischen Interpretation des letzten Willens betrauen könne. Dies ist zu bejahen, kann aber natürlich nur bei Zweifelhaftigkeit des Sinnes gelten.[1])

Wenn der Testamentsvollstrecker den Sinn der letztwilligen Verfügungen verdrehen oder gar in das Gegenteil verkehren wollte, so könnte der Erbe durch Feststellungsklage die Unzulässigkeit dieses Verfahrens vom Richter feststellen lassen.[2])

b) Die Auseinandersetzung unter mehreren Miterben ist laut § 2204 nach Maßgabe der §§ 2042—2056 zu bewirken. Nach Abs. 2

[1]) Vgl. R.G. Bd. 14 S. 194.

[2]) Damit wird dem Vollstrecker das ihm zugesprochene Auslegungsrecht freilich im wesentlichen wieder entzogen, soweit es sich nicht bloß um mehrdeutige Ausdrücke handelt.

des § 2204 soll der Testamentsvollstrecker über den Auseinandersetzungsplan vorher die Erben hören. Unter den gesetzlichen Regeln, auf die hier zurückverwiesen wird, findet sich im § 2048 die höchst wichtige Bestimmung, wonach der Erblasser abweichende Anordnungen über die Auseinandersetzung treffen, ja sogar die Auseinandersetzung in das billige Ermessen eines Dritten stellen kann. Deshalb wird er sie doch auch in das billige Ermessen des Testamentsvollstreckers stellen können, dann bekommt der Testamentsvollstrecker eine noch freiere Machtbefugnis, dann braucht er die Erben nicht erst zu hören, und kann von den Dispositivregeln abweichen. Wenn ein Miterbe kollationspflichtig wäre, könnte der Testamentsvollstrecker kraft seines billigen Ermessens ihm die Kollationspflicht ganz oder teilweise erlassen.[1]) Nur dann, wenn die Bestimmung des Dritten offenbar unbillig ist, kann sie durch richterliches Urteil aufgehoben und ersetzt werden (§ 2048).

c) Nach § 2205 hat er auch die Verwaltung des Nachlasses. Dies geht bei näherer Betrachtung am weitesten. Er ist insbesondere berechtigt, den Nachlaß in Besitz zu nehmen. Marcus meint, daß er den Besitz unmittelbar, nicht erst von den Erben erwirbt. Das kann ich nicht zugeben; denn in der Besitzlehre ist ausdrücklich erklärt, daß der Besitz vererblich ist, also mit dem Erbfall von selber auf die Erben übergeht (§ 857). Darnach kann der Testamentsvollstrecker ihn nie als direkten Hintermann des Erblassers erwerben, sondern immer erst von dem Erben. Hier wird die Frage praktisch, ob er die Erbschaft auch eigenmächtig an sich nehmen kann, ohne daß die Erben possessorisch klagen können. Da aber das Gesetz dem Testamentsvollstrecker die Befugnis gibt, die Nachlaßsachen in Besitz zu nehmen, so kann unmöglich darin nach § 858 eine rechtswidrige Eigenmacht liegen. Also kann, wenn er z. B. Wertpapiere einfach aus dem Zimmer des Erben oder aus dem Sterbezimmer wegnimmt, darin keine Besitzverletzung gefunden werden.

Er kann sogar nach demselben Paragraphen über die Nachlaßgegenstände verfügen. Also nicht im Namen der Erben[2]), davon ist keine Silbe gesagt, sondern kraft eigenen Verfügungsrechts kann er die Nach-

[1]) M. E. nicht unbedenklich. Dies ist schon keine Auseinandersetzung mehr, sondern eine Schenkung auf Kosten der andern Erben.

[2]) Es kommt hier darauf an, was man unter der Wendung „im Namen jemandes handeln" versteht. Vgl. des Herausgebers Allg. Teil S. 297. Bezeichnet man damit den unmittelbaren Einfluß auf das Vermögen des andern, so ist der Text zu beanstanden.

laßgegenstände, wenn es ihm angemessen erscheint, zum Gegenstande seiner geschäftlichen Dispositionen machen.[1])

Er kann Nachlaßschulden bezahlen, Nachlaßforderungen kündigen und einziehen, Nachlaßsachen versilbern, auch aus Nachlaßrechten gegen dritte Personen Klagen erheben. Er kann auch das Aufgebot der Nachlaßgläubiger beantragen, die Zwangsversteigerung von Nachlaßgrundstücken betreiben. Nur eine Schranke ist ihm gezogen (§ 2205): Zu unentgeltlichen Verfügungen ist er nicht berechtigt, außer soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen. Ähnlich war der Vorerbe nur in diesen Grenzen zu Schenkungen aus der Vorerbschaft befugt.[2]) Soweit nun die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers reicht, ist auch der Erbe seinerseits ausgeschlossen. Eine Kollision oder Verfügungsmacht der plurium in solidum gibt es also nicht (§§ 2211 und 2212). Noch weiter geht § 2206. Der Testamentsvollstrecker darf auch Verbindlichkeiten für den Nachlaß eingehen, soweit sie zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich sind.[3]) Diese Grenze ist flüssig. Indessen kann der Testamentsvollstrecker sich über sie Klarheit verschaffen. Er kann nämlich nach § 2206 Abs. 2 vom Erben verlangen, daß dieser seine Einwilligung erteile. Zu Geschäften ordnungsmäßiger Verwaltung ist der Erbe einzuwilligen verpflichtet. Also kann er vom Exekutor nötigenfalls darauf verklagt werden. Auch der Erbe ist berechtigt, obwohl das B.G.B. das nicht ausspricht, wenn er findet, daß der Testamentsvollstrecker die Grenzen ordnungsmäßiger Verwaltung überschreitet, ohne Not hohe Wechsel ausstellt u. d. m., auf richterliche Unzulässigkeitserklärung dieses Geschäfts zu klagen.

Das B.G.B. nennt die Verbindlichkeiten, die der Testamentsvollstrecker eingeht, immer Verbindlichkeiten für den Nachlaß (§§ 2206 und 2207). Also gehören diese Verbindlichkeiten doch offenbar zu den Nachlaßverbindlichkeiten, obwohl § 1967, der sonst ziemlich vollständig ist, sie nicht mit aufführt. Die Konsequenz ist, daß der Erbe für sie nur dann beschränkt haftet, wenn ein Grund zu der Beschränkung seiner Schuldenhaftung vorliegt, sonst aber unbeschränkt. Darauf deutet doch wohl auch § 2206 Abs. 2 hin.

Dies scheint für den Erben ganz außerordentlich gefährlich zu sein. Allein die Spitze wird dem abgebrochen durch die Verpflichtungen,

[1]) Aber natürlich nur, wenn es ihm angemessen erscheint, nicht darf er in unerlaubter eigennütziger Absicht so verfahren, sonst macht er sich haftbar (s. unten).

[2]) Noch näher liegt das Vorbild des Vormundes. Der unumschränkte Testamentsvollstrecker steht freilich einem fiduziarischen Vorerben sehr nahe.

[3]) Nach der Konk.Ordn. § 224 Nr. 5 sind solche Schulden Masseschulden.

welche die Kehrseite der Rechte des Testamentsvollstreckers bilden. Er ist ersatzpflichtig u. s. w. und nur in den Grenzen ordnungsmäßiger Verwaltung ist er befugt, Verbindlichkeiten zu kontrahieren. Also wenn ein Dritter z. B. erkennen konnte, daß das Geschäft diese Grenzen überschreitet, dann würde er mit einem Nichtbefugten kontrahieren und auch solche Verbindlichkeiten gegen den Erben nicht geltend machen können.[1])

Der Erblasser kann diese normale, bisher beschriebene Macht des Testamentsvollstreckers nach § 2207 auch noch bis zur unbeschränkten Eingehung von Schulden erweitern. Nur die eine Schranke, daß unentgeltliche Verfügungen unzulässig bleiben, wiederholt sich auch hier. Umgekehrt aber kann der Erblasser die Machtbefugnis des Testamentsvollstreckers auch einengen, insbesondere kann er nach § 2208 die Verwaltung des Testamentsvollstreckers auf einzelne Nachlaßgegenstände beschränken, so daß er z. B. nur das Grundstück oder nur gewisse Wertpapiere u. dgl. zu verwalten hat. Er kann auch weiter die Ausführung seiner Verfügungen statt dem Testamentsvollstrecker vielmehr dem Erben überlassen, und dann kann der erstere vom Erben die Ausführung verlangen. Da ist der Testamentsvollstrecker also eine Art Aufsichtsorgan.

Endlich kann nach § 2209 dem Vollstrecker auch nur die Nachlaßverwaltung übertragen sein.

Gleich darauf folgt die bemerkenswerte Bestimmung, daß diese Nachlaßverwaltung dem Testamentsvollstrecker auch für die Zeit, in der seine andern Aufgaben erledigt sein werden, belassen werden kann. Dann hat er im Zweifel sogar die unbeschränkte Befugnis zur Eingehung von Nachlaßverbindlichkeiten. Das klingt ungemein auffällig. Gedacht ist dabei wohl an solche Fälle, wo etwa die Witwe des Erblassers und seine Kinder zu Erben eingesetzt sind und die Witwe zur Vollstreckerin des Testaments ernannt ist. Eine solche Verfügung nähert sich offenbar der Anordnung einer Vorerbschaft zu Gunsten der Witwe und einer Nacherbschaft zu Gunsten der Kinder.

Daraus erklärt sich wohl diese außerordentlich freie Stellung des Testamentsvollstreckers. Jedoch sind, wie § 2210 hinzufügt, solche Anordnungen auch zeitlich auf eine 30jährige Dauer nach dem Erbfalle beschränkt. Hier kehren diese 30 Jahre wieder, die wir schon früher erwähnt haben und ähnlich auch die Ausnahme, daß die Dauer auch bis zum Tode des Erben resp. des Testamentsvollstreckers

[1]) Wenn er dies nicht erkennen konnte, so ist er m. E. nur insoweit gesichert, als ihm besondere Vorschriften zum Schutze gutgläubiger Dritter zur Seite stehen.

oder bis zu einem in der Person des einen oder andern eintretenden Ereignis angeordnet werden kann (vgl. oben S. 105 ff. und S. 126).

Natürlich bleibt es dem Erben unbenommen, solche Anordnungen „eines Testamentsvollstreckers", wie die oben skizzierten, als eine Verletzung seines Pflichtteilsrechts zu rügen. Er kann sein Pflichtteil herausverlangen, aber auch nicht mehr.

Wenn nach § 2222 der Testamentsvollstrecker nur bis zum Eintritt einer Nacherbfolge die Rechte und Pflichten des Nacherben wahrnehmen soll, so ist dabei an Neugeborene gedacht, die sonst keine Vertretung haben.[1]) Man darf dreist sagen, bei der großen Ausdehnung der Nacherbfolge, die wir früher kennen gelernt haben, wird es praktisch sehr ratsam sein, daß der Erblasser einen Testamentsvollstrecker ernennt, der bis zum Eintritt des Nacherbfolgefalls Rechte und Pflichten des Nacherben wahrnimmt, damit der Vorerbe jemanden hat, dessen Konsens er zu gewissen Verfügungen erbitten kann.

Endlich kann nach § 2223 ein Testamentsvollstrecker auch nur für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen z. B. einer Auflage, ernannt werden.

Alle diese Fälle eines executoris testamenti specialis sind jedoch Ausnahmen, grundsätzlich ist die Machtbefugnis des Testamentsvollstreckers eine ganz allgemeine.

Der Testamentsvollstrecker ist also dem Erben geradezu übergeordnet, superordiniert. In seinen Händen liegt der Schwerpunkt der Verwaltung.[2])

3. Der Erbe ist neben dem Vollstrecker ausgeschlossen, soweit als die Verfügungs- und Verwaltungsmacht des Testamentsvollstreckers reicht. Auch die persönlichen Gläubiger des Erben (also nicht die Nachlaßgläubiger) können sich nach § 2214 nicht an die Nachlaßgegenstände halten, welche der Verwaltung des Vollstreckers unterliegen. Nur genießen nach § 2211 Abs. 2 dritte Personen, die sich mit dem Erben in gutem Glauben einlassen, den allgemeinen Schutz, der denen zukommt, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten.

Zur Sicherung des Erben aber sind dem Testamentsvollstrecker, wie vorher bemerkt wurde, als Kehrseite seiner Berechtigungen weitgehende Pflichten auferlegt (§§ 2215 ff.).

---

[1]) Auch an Stiftungen, die noch nicht genehmigt sind.

[2]) Es ist ein Mittel für testierende Haustyrannen, ihre Kinder auch über den Tod hinaus seine Macht in unliebsamer Weise fühlen zu lassen, aber freilich auch ein Mittel, verwickelte Nachlaßverhältnisse von einer einzigen Stelle aus möglichst glatt zu erledigen.

Nach §§ 2215 ff. hat der Testamentsvollstrecker dem Erben unverzüglich ein Verzeichnis der seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände mitzuteilen und er hat dem Erben auch bei der Aufnahme eines Erbschaftsinventars Beistand zu leisten. Hier wird also eine Grundlage festgelegt für die spätere Abrechnung und für die Herausgabe der Erbschaft an den Erben. Weiter hat nach § 2216 der Testamentsvollstrecker den Nachlaß ordnungsmäßig zu verwalten. Dazu gehört die Befolgung der Anordnungen des Erblassers. Wenn diese Anordnungen aber so sind, daß sie den Nachlaß gefährden würden, dann kann der Erbe sie vom Nachlaßgericht außer Kraft setzen lassen.

Nach § 2217 muß der Testamentsvollstrecker solche Nachlaßgegenstände, deren er selber nicht bedarf um seine Obliegenheiten zu erfüllen, dem Erben zur freien Verfügung überlassen. Wenn er sich dessen etwa weigert, weil noch Nachlaßverbindlichkeiten zu tilgen seien und er darum keine Nachlaßaktiva entbehren könne, kann der Erbe diese Einrede dadurch überwinden, daß er für die Erfüllung jener Nachlaßverbindlichkeiten Sicherheit bestellt. Im übrigen finden nun die Regeln vom Auftrag auf das Verhältnis zwischen Erben und Testamentsvollstrecker analoge Anwendung (§ 2218). Dahin gehört, daß der Beauftragte Rechnung legen und nötigenfalls die Rechnung durch einen Offenbarungseid bekräftigen muß.

Aber natürlich gilt hier nicht die Gebundenheit des Auftragnehmers an die Weisungen des Auftraggebers, und ebensowenig die vom B.G.B. beliebte Unentgeltlichkeit des Auftrags. Gerade umgekehrt ist im § 2221 bestimmt, daß der Testamentsvollstrecker eine angemessene Vergütung für die Führung seines Amtes verlangen kann, sofern nicht der Erblasser ein Anderes bestimmt hat. Das B.G.B. hat also davon abgesehen, wie es in manchen deutschen Ländern der Fall ist, einen Prozentsatz zu bestimmen. In Hamburg bekommt der Testamentsvollstrecker 2 pCt. vom Nachlaß, was bei großen Vermögensmassen unangemessen ist.

Weil aber der Testamentsvollstrecker nicht umsonst arbeitet, haftet er nach § 2219 für jedes Verschulden dafür auf Ersatz. Also nicht bloß für grobes Verschulden. Von dieser Verpflichtung kann sogar der Erblasser ihn nicht befreien (§ 2220). So wird der Erbe gegenüber der weitgreifenden Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers wenigstens obligatorisch gedeckt.

Für die Spezialgebiete des Grundbuchrechts und des Prozesses greifen die G.B.O. und die C.P.O. neben dem B.G.B. ein.

a) Da auch Immobiliarrechte der Verfügung des Erben entzogen sind, so erfordert der öffentliche Glaube des Grundbuchs, um dritte Erwerber aufzuklären, daß diese Beschränkungen des Erben durch den Testamentsvollstrecker in das Grundbuch eingetragen werden. Und zwar erfordert als formelle Grundlage für die Eintragung die Grundbuchordnung § 36 eine Vorlegung des Zeugnisses, das das Nachlaßgericht dem Testamentsvollstrecker ausgestellt hat (§ 2368). Wenn jedoch die Ernennung des Testamentsvollstreckers auf einer Verfügung von Todes wegen beruht, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, was ja beim Testament keineswegs immer zutrifft, dann kann sich das Grundbuchamt mit einer bloßen Ausfertigung dieser öffentlichen Urkunde und des Eröffnungsprotokolls begnügen, und daraufhin die Eintragung der durch die Vollstreckung gegebenen Verfügungsschranken bewirken. Es muß aber, wie § 53 Grundb.O. hinzufügt, das Grundbuchamt bei Eintragung des Erben als Eigentümer bewirken, daß auch die Beschränkung durch den Testamentsvollstrecker eingetragen werde, nicht bloß, wie bisher rechtens ist, auf Antrag des Testamentsvollstreckers, sondern von Amts wegen; es sei denn, das ist eine selbstverständliche Ausnahme, daß der Nachlaßgegenstand, also das Grundstück oder ein sonstiges Immobiliarrecht, der Verwaltung des Testamentsvollstreckers nicht unterliegt. So wird bei der Testamentsvollstreckung von Amts wegen gerade wie bei der Nacherbschaft, die vom Erblasser angeordnet ist, für die Eintragung gesorgt.

Wenn der Erbe noch nicht als Eigentümer eingetragen ist, und der Testamentsvollstrecker über ein Immobiliarrecht zu Gunsten eines Dritten verfügt, eine Hypothek cediert o. dgl. m., so gestattet § 41 Grundb.O., daß die Umschreibung auf den Erben erspart wird und sofort auf Grund der Bewilligung des Testamentsvollstreckers die Eintragung des Dritten erfolgt, wobei der Erbe nur historisch mit erwähnt wird.

b) Über die Legitimation des Testamentsvollstreckers zur Prozeßführung in Nachlaßangelegenheiten enthält das B.G.B. nur wenig, auch die C.P.O. nicht genug.[1])

§ 2212 bestimmt: „Ein der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Recht kann nun von dem Testamentsvollstrecker gerichtlich geltend gemacht werden," also klageweise verfolgt oder verteidigungsweise gegen einen Fremden klagend aufrecht erhalten werden.

[1]) Vgl. zu dem Folgenden Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 19 .., § 9 S. 68 ff.

Ansprüche aus erbschaftlichen Rechten kann also der Testamentsvollstrecker und nur er einklagen, immer tut er das im eigenen Namen.[1] Hier greift nun der neue § 327 C.P.O. ein. Ein Urteil, das über ein solches, der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegendes Nachlaßrecht im Prozeß zwischen Testamentsvollstrecker und einem Dritten ergeht, wirkt auch für und gegen den Erben. Hier zeigt sich recht deutlich, daß im Sinne des B.G.B. der Testamentsvollstrecker nimmermehr Vertreter des Erben sein kann. Denn, wenn er das wäre, würde doch der Satz selbstverständlich sein und brauchte nicht erst ausgesprochen zu werden.[2]

Demnach braucht der Erbe nicht schweigend bei Seite zu stehen und zuzusehen, wenn der Testamentsvollstrecker einen Prozeß nach allen Regeln der Kunst verliert, sondern kann als Nebenintervenient eintreten.

Wenn das Amt des Testamentsvollstreckers während des schwebenden Prozesses endigt, so setzt nach Marcus der Erbe den Prozeß ohne Unterbrechung fort. Eher könnte man meinen, daß der Prozeß zu Boden fällt, wie in dem Falle, wo das Amt eines Konkursverwalters im Konkurs beendigt wird. Die Protokolle der zweiten Kommission nennen das eine rein prozeßrechtliche Frage.

Dies gilt für die Aktivprozesse, wie man wohl zu sagen pflegt (§ 327 Abs. 1 C.P.O.). Bedenklicher ist es bei den Passivprozessen des Nachlasses, oder anders ausgedrückt, bei den Klagen der Nachlaßgläubiger und der Vermächtnisnehmer, sowie auch derjenigen, welche durch Geschäfte des Testamentsvollstreckers selber Gläubiger geworden sind. Über sie trifft § 2213 Bestimmungen, die zu großen Zweifeln Anlaß geben. Es ist gesagt: „Ein Anspruch, der sich gegen den Nachlaß richtet — also ein Passivprozeß —, kann sowohl gegen den Erben als auch gegen den Testamentsvollstrecker geltend gemacht werden". Also hier ist auch der Erbe legitimiert. Der Erbe ist der Schuldner, und den Gläubigern des Erben kann ihr Recht nicht verkümmert werden dadurch, daß es dem Erblasser gefallen hat, einen Testamentsvollstrecker zu bestellen. Darum müssen die Gläubiger berechtigt bleiben, gegen den Erben zu klagen.

Außerdem, wie eine praktische Erwägung sofort ergibt, kann ein Gläubiger das allerdringendste Interesse daran haben, gegen den

[1] Vgl. hierzu oben S. 149 Anm. 2.

[2] Man könnte auch sagen, daß er ausgesprochen sei, um die vorhandenen Zweifel an der Vertretung der Erben durch den Testamentsvollstrecker niederzuschlagen.

Erben zu klagen und nicht gegen den Testamentsvollstrecker, weil der Erbe etwa unbeschränkt haftet, er also auf dessen eigenes Vermögen wird greifen können, oder weil die ganze Bestellung des Testamentsvollstreckers rechtlich zweifelhaft ist, insofern die Interpretation des Testaments Bedenken unterliegt.

Aber andererseits ist doch der Testamentsvollstrecker der zu Verfügungen über den Nachlaß allein Berechtigte, darum muß er ebenfalls passiv legitimiert sein. Natürlich ist der Testamentsvollstrecker dann nicht passiv legitimiert, wenn ihm die Verwaltung des Nachlasses nicht zusteht (§ 2213 Satz 2). Hat aber der Testamentsvollstrecker die Verwaltung, so kann er sogar noch früher belangt werden, als der Erbe. Nämlich der Erbe kann ja während der Überlegungsfrist von sechs Wochen sich jede Inanspruchnahme wegen Nachlaßschulden verbitten, was der Testamentsvollstrecker nicht kann (§ 2213 Abs. 2). Dagegen kann also der Nachlaßgläubiger sofort klagen, dadurch erspart er sich die Unannehmlichkeit, einen Nachlaßpfleger bestellen zu müssen, da er ein belangbares Subjekt in der Person des Testamentsvollstreckers hat.

Wenn aber ein Nachlaßgläubiger, statt die beiden zusammen zu verklagen, nur gegen einen von beiden allein klagt, so ergibt sich in folgerichtiger Entwicklung aus den schon bekannten Regeln, daß das gegenüber dem Erben ergehende Urteil nicht auch für und gegen den Testamentsvollstrecker gilt; denn der Erbe hat keine Verfügung über den Nachlaß, also kann er auch nicht mittelbar eine Vollstreckung in den Nachlaß herbeiführen.

Das praktische Ergebnis ist, daß es dem Gläubiger gewöhnlich zunächst gar nichts nützen wird, wenn er gegen den Erben klagt, weil ja der Testamentsvollstrecker das Urteil, das gegen den Erben ergangen ist, nicht gelten zu lassen braucht, ausgenommen, wenn der Erbe etwa unbeschränkt haftet, also mit seinem eigenen Vermögen. Wohl aber wirkt nun umgekehrt nach C.P.O. § 327 Abs. 2 das über solche Ansprüche an den Nachlaß gegenüber dem Testamentsvollstrecker ergangene Urteil auch für und gegen den Erben, wenn nur der Testamentsvollstrecker zur Führung des Prozesses überhaupt berechtigt war. Natürlich wird der Gläubiger am klügsten tun, immer kumulativ zu klagen. Seinen Antrag kann er dann so formulieren, wie § 2213 Abs. 3 es ihm sanft andeutet: „Ein Nachlaßgläubiger, der seinen Anspruch gegen den Erben geltend macht, kann den Anspruch auch gegen den Testamentsvollstrecker dahin geltend machen, daß dieser die Zwangsvollstreckung in die seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände dulde." Das entspricht auch bereits der bisherigen Praxis.

Übrigens folgt nun daraus, daß das gegenüber dem Testamentsvollstrecker ergangene Urteil immer auch für und gegen den Erben wirkt, daß nach § 728 Abs. 2 C.P.O. von einem Urteil, das im Prozeß mit dem Testamentsvollstrecker ergangen ist, eine vollstreckbare Ausfertigung auch für und gegen den Erben erteilt werden kann, wie für und gegen einen Rechtsnachfolger der ursprünglichen Prozeßpartei. Sehr diplomatisch ist am Schlusse noch hinzugefügt, daß eine vollstreckbare Ausfertigung gegen den Erben erteilt werden kann, auch wenn die Verwaltung des Testamentsvollstreckers noch besteht. Obwohl die Aktiva sich in Händen des Testamentsvollstreckers befinden und er allein verfügungsberechtigt ist, kann dennoch diese vollstreckbare Ausfertigung schon von Wert sein, wenn der Erbe unbeschränkt haftet oder wenn er bereits einzelne Nachlaßstücke vom Testamentsvollstrecker herausbekommen hat.

Kann eine vollstreckbare Ausfertigung gegen den Erben erteilt werden, wenn die Verwaltung des Testamentsvollstreckers noch besteht, so kann sie doch für den Erben nicht erteilt werden, weil er dann eine Verfügungsgewalt in die Hände bekäme, um ein Nachlaßaktivum beizutreiben. Es muß abgewartet werden, bis die Testamentsvollstreckung zu Ende gegangen ist.

Über die Legitimation des Testamentsvollstreckers für Erbschaftsstreitigkeiten gibt das B.G.B. sehr wenige Bestimmungen, die zu ernsten Bedenken Anlaß geben.

§ 2213 Abs. 1 Satz 3 lautet: „Ein Pflichtteilsanspruch kann, auch wenn dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses zusteht, nur gegen den Erben geltend gemacht werden." Daß der Erbe belangt werden kann, begreift sich ja ohne weiteres, denn ein Pflichtteil bedeutet eine Beschränkung der Erbschaft, also ist der Erbe passiv legitimiert. Warum soll der Pflichtteilsberechtigte, der sein Geld haben will, nur gegen den Erben klagen können, der gar nichts in Händen hat? Die Erklärung liegt wohl im Abs. 3 des § 2213, der dahin geht, daß neben dem Erben immer auch der Testamentsvollstrecker auf Befriedigung verklagt werden kann, oder genauer darauf, daß er die Zwangsvollstreckung in die seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände dulde. Daher ist die nur gegen den Erben zu verfolgende Klage, von der Satz 3 des § 2213 redet, nur auf Feststellung des Pflichtteils gerichtet. Nur so wird ein rechter Sinn in diesen § 2213 gelegt werden können.[1])

[1]) Die Vorschrift macht es m. E. dem Vollstrecker unmöglich, wider Willen des Klägers in Pflichtteilsfragen mit Erfolg hineinzureden. Enterbungsgründe

Das B.G.B. schweigt darüber, ob der Testamentsvollstrecker auch zu Prozessen um die Gültigkeit des Testamentes legitimiert sei, also zu Klagen auf Anerkennung des Testaments gegen die Intestaterben, oder zur Verteidigung gegenüber den umgekehrten Klagen der gesetzlichen Erben auf Ungültigkeitserklärung des Testaments. Auch die C.P.O. schweigt. In den Protokollen der zweiten Kommission[1]) steht, das brauche gar nicht erst bestimmt zu werden, obwohl das Reichsgericht selber geschwankt hat. Aber freilich gibt die zweite Kommission ihre Meinung dahin kund, daß diese Befugnis zu verneinen sei. Ebenso das Reichsgericht Bd. 32 S. 152 ff. aus wenig zureichenden Gründen. Wenn an der Spitze der Befugnisse des Testamentsvollstreckers steht, daß er die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung bringen soll, dann muß er doch auch für ihren gesamten Bestand eintreten können, für ihre Aufrechterhaltung gegenüber einem das Testament angreifenden Intestaterben. Wie jedermann weiß, ist das gerade der historische Ursprung des ganzen Instituts der Treuhänder und Testamentsexekutoren, daß der Erblasser seine letztwilligen Verfügungen gegen die Angriffe der gesetzlichen Erben aufrecht erhalten wollte. Daher kann nicht, während wir diese germanische Wurzel jetzt wieder bloß gelegt und an sie wieder angeknüpft haben,[2]) der Testamentsvollstrecker gerade diese Legitimation verloren haben. Die Kommission beruft sich darauf, daß jetzt der Erbschaftsanspruch nur dem Erben zustehe und nur gegen den pro herede possessor gehen soll. Der Testamentsvollstrecker sei aber weder Erbe, noch pro herede possessor, also könne er solche Klagen um Gültigkeit des Testaments weder aktiv erheben noch passiv gegen sich richten lassen. Aber der Testamentsvollstrecker ist neben dem Erben Herr der Erbschaft und darum mindestens für diese Klagen analog wie der Erbe zu behandeln. Sonst könnten ja die Testamentserben und Intestaterben, wenn nur zwischen ihnen die Klagen um die Gültigkeit des Testaments verhandelt werden dürften, leicht dadurch, daß sie unter einer Decke stecken, den Testamentsvollstrecker ganz und gar bei Seite schieben, in-

haben z. B. oft einen familienrechtlichen Charakter. Ihre Grundlagen aufzurühren, soll ein Vorrecht des Erben sein, der dem Verstorbenen näher steht, als der Vollstrecker.

[1]) Bd. 5 S. 300, Bd. 6 S. 349.

[2]) Neben dieser altgermanischen Wurzel spricht auch das moderne Bedürfnis nach einer tatkräftigen und angemessenen Auflösung verwickelter Nachlaßverhältnisse durch einen möglichst unbeschränkten Machthaber. Auch dieses verlangt, daß der Vollstrecker in seinem Kampfe um den Nachlaß nicht der erforderlichen Waffen beraubt werde. Vgl. hierzu die oben S. 145 Anm. 4 Genannten.

dem die Intestaterben das Testament angreifen und die Testamentserben es so schlecht verteidigen, daß es anulliert werden muß.

Können aber die Klagen der Intestaterben gegen die Testamentserben, wenn sie siegreich durchgeführt sind, nachher dem Testamentsvollstrecker nicht präjudizieren, so bedürfen die Intestaterben auf das allerdringendste eines Klagerechtes auch gegen den Testamentsvollstrecker, sonst nützt ihnen ihr Sieg gegen die Testamentserben nichts, da der Testamentsvollstrecker die Aktiva des Nachlasses in Händen hat. Nach § 2213 Abs. 3 haben dies Klagerecht nur die Nachlaßgläubiger, aber die Intestaterben sind keine Nachlaßgläubiger. Trotzdem würde ich, wie nach jetzigem Recht, den Testamentsvollstrecker zum Rechtsstreite für die Gültigkeit des Testaments als durchaus legitimiert ansehen. Marcus geht sogar so weit, daß er ihn ausschließlich für legitimiert erklären will, den Erben gar nicht. Das geht mir zu weit.

Dagegen kann der Testamentsvollstrecker nicht seinerseits auf Ungültigkeitserklärung des Testaments klagen, denn in den Grenzen seiner Obliegenheit, die letztwilligen Verfügungen zur Ausführung zu bringen, liegt die Aufrechterhaltung, aber nicht die Anfechtung des Testaments.

5. Ob der Testamentsvollstrecker, dem die Nachlaßregulierung etwa unbequem ist, vielleicht gerichtliche Erbauseinandersetzung und gerichtliche Nachlaßverwaltung beantragen könne, ist nicht ausdrücklich entschieden, aber m. E. zu verneinen. Denn das ist ihm gerade auferlegt, und wenn er diese Leistung von sich abwälzen und dem Gerichte zuschieben wollte, so würde das praktisch einer Niederlegung seiner Stellung gleichkommen. Zu dieser Niederlegung ist er freilich befugt. Aber er kann nicht Testamentsvollstrecker bleiben und das Gericht bitten, die Nachlaßverwaltung oder die Erbauseinandersetzung für ihn zu übernehmen. Natürlich muß er, wenn der Nachlaß überschuldet ist, Nachlaßkonkurs beantragen können. Das ist sogar seine Pflicht.

Mehrere Testamentsvollstrecker führen das Amt gemeinschaftlich. Wenn sie nicht einig sind, entscheidet das Nachlaßgericht (§ 2224). Das ist schwerfällig. Auch ist das Gericht nicht immer in der Lage, über Maßregeln, die ein Testamentsvollstrecker ergriffen wissen will, zu entscheiden. Darum warnt Sturm vor der Ernennung mehrerer Testamentsvollstrecker.[1]) Indessen, fügt § 2224 Abs. 2 hinzu, daß zur Erhaltung eines Nachlaßgegenstandes jeder Testamentsvollstrecker allein Maßregeln treffen kann.

[1]) In irgend einer Weise muß aber hier ein Ausweg geschaffen werden. Mit dem Satze: In pari causa est potior conditio prohibentis würde man hier oft die Nachlaßverwaltung in schädlicher Weise lähmen.

Das Amt des Testamentsvollstreckers erlischt nach §§ 2225 ff. vor allen Dingen durch den Tod — es ist unvererblich —, oder durch den Eintritt eines Hinderungsgrundes, der schon seiner Ernennung entgegengestanden hätte. Wenn er z. B. beschränkt geschäftsfähig oder entmündigt wird, so erlischt sein Amt. Weiter kann er nach § 2226 jeder Zeit sein Amt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht kündigen.

Nach § 2227 ist das Gericht befugt, ihn zu entlassen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, genauer ist es nicht bestimmt.[1])

Nicht ausgesprochen, aber meines Erachtens unzweifelhaft ist, daß auch durch Hinfälligkeit des Testaments, das ihn berufen hat, das Amt erlischt.

Blickt man zurück, so darf man die Lehre als eine sehr eingehende und gründliche bezeichnen, die auch glückliche Regeln gefunden hat, die aber doch schwere Zweifel übrig läßt. Marcus a. a. O. meint sogar, der Testator sei künftig einfach darauf zu verweisen, daß er nicht den Testamentsvollstrecker durch Sonderverordnungen belaste. Die beste Testamentsformel ist nach Marcus: „Ich ernenne X. zum Vollstrecker meines Willens und zwar befreit von allen Beschränkungen in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß". Das ist ganz schön, wenn der Erblasser den richtigen Mann ausgewählt hat, womöglich auch einen zahlungsfähigen. Andernfalls sind die Erben durch diese Verfügung dem Testamentsvollstrecker mit Haut und Haar ausgeliefert oder wenigstens schwer gefährdet.[2])

---

[1]) Die Frage ob ein Testamentsvollstrecker abzusetzen ist, gehört zu den erbrechtlichen Verhältnissen des Art. 213. E.G. Entsch. d. R.G. Bd. 46 Nr. 20 S. 71 ff.

[2]) Man darf sich hier nicht durch Vorbilder aus unentwickelten Kulturstufen irre machen lassen. Ein heres fiduciarius in rem alienam ist nur eine plumpe Vorstufe des Testamentsvollstreckers, der unentbehrlich war, so lange die Feinheiten des Stellvertretungsrechtes noch nicht entwickelt waren. Es lag ein Fortschritt in der Möglichkeit, die Befugnisse der Testamentsvollstrecker unter die Rechte eines fiduziarischen Erben hinunterzudrücken. Eine Beschränkung der Rechte des Testamentsvollstreckers wird unter Umständen auch der Erblasser anordnen müssen, um den Erben nicht eine arge Rute aufzubinden. Nicht genügend gewürdigt ist im Texte der § 2216 Abs. 2 Satz 2, wonach der Nachlaßrichter das Testament zum Besten der Erben verbessern kann, um sie aus drückender Abhängigkeit zu erlösen. Hier schießt das Gesetzbuch eine Bresche in die Testierfreiheit; vgl. auch den Schutz der Pflichtteilserben gegen Testamentsvollstrecker in § 2306.

7. Errichtung eines Testaments. (§§ 2229—2252.)

§ 24.

Über die Errichtung und Aufhebung der Testamente in der Literatur vgl. Kammergerichtsrat Eichhorn (3. Auflage des bisherigen preußisch rechtlichen Werkes) „Das Testament, Hand- und Musterbuch für letztwillige Verfügungen nach dem B.G.B." Berlin 1898.

Nach § 2229 bedarf derjenige, der nur beschränkt geschäftsfähig ist, zur Testamentserrichtung nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Das soll aber nicht besagen, wie es im ersten Augenblick klingt, daß jeder beschränkt Geschäftsfähige auch selbständig testieren könnte. Der nächste Absatz klärt uns sofort auf, daß die Fähigkeit des Minderjährigen, ein Testament zu errichten, erst mit dem 16. Lebensjahr beginnt, und weiter ist sogar schlechthin jeder wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigte von der Testamentserrichtung ausgeschlossen, und zwar schon seit der Stellung des Antrags, auf Grund dessen dann später die Entmündigung erfolgt, aus dem naheliegenden Grunde, damit nicht der Provokat, gegen den der Antrag erhoben ist, aus Rache den Provokanten, der vielleicht sein nächster Verwandter ist, durch Testament ausschließen könne.

Indessen sind in § 2230 zwei Milderungen hinzugefügt. Die erfolgte Entmündigung soll der Wirksamkeit des Testaments nicht entgegenstehen,

1. wenn der Entmündigte noch vor der Rechtskraft seiner Entmündigung testiert und auch stirbt. Dann war die Richtigkeit der Entmündigung noch unsicher.

2. Nach demselben § 2230 steht es ebenso, wenn ein Entmündigter nach Stellung des Antrags auf Wiederaufhebung seiner Entmündigung ein Testament errichtet und dann die Wiederaufhebung auch in der Tat erfolgt. Hier war durch die Stellung des Antrags die Entmündigung sozusagen schon erschüttert, und durch die Wiederaufhebung ist dann festgestellt worden, daß sie damals innerlich nicht mehr berechtigt war.

An Testamentsformen unterscheidet das B.G.B. ordentliche und außerordentliche.

1. Die ordentlichen Testamentsformen bestehen nach § 2231 entweder in der Erklärung des Testators vor Gericht bezw. einem Notar oder in einer holographischen Privaterklärung, d. h. in einer solchen, die von dem Erblasser eigenhändig geschrieben, unterschrieben und mit

Angabe des Ortes und Tages versehen ist. Dabei hat man hinzuzudenken des Ortes und Tages der Ausstellung.[1])

Es ist bekannt, daß das holographische oder privatschriftliche Testament französischen Ursprungs ist und erst vom Reichstag in das B.G.B. hineingebracht wurde, ein vielleicht nicht unbedenkliches Einschiebsel. Die Gefahren, die dieses holographische Testament mit sich bringt, liegen auf der Hand. Die Gefahr, daß der Erblasser noch viel leichter überredet werden kann, ein Testament zu errichten, wenn er es durch Privatschrift herzustellen vermag, ferner die Gefahr der Antedatierung. Man setze den Fall, daß gegen jemand der Antrag auf Entmündigung gestellt ist. Nun errichtet er ein Testament und antedatiert es um vier Wochen. Dann wird es unter Umständen sehr schwer halten, die falsche Angabe als solche nachzuweisen, und das Testament ist wirksam, obwohl es nach der Provokation auf seine Entmündigung errichtet ist.[2]) Natürlich kann auch das privatschriftliche Testament nach dem Tode des Erblassers leicht unterdrückt werden. Mit einem Wurfe fliegt es in den Kamin und verbrennt.[3]) Es kann auch leichter gefälscht werden.[4]) Nach der Behauptung der rheinisch-französischen Juristen haben sich alle diese Gefahren im rheinischen Rechtsgebiet nicht fühlbar gemacht. Daraufhin hat man das holographische Testament angenommen. Jedenfalls werden wir infolge der Zulassung desselben nachlässig formulierte Testamente noch viel häufiger bekommen als jetzt.[5])

---

[1]) Das Reichsgericht verlangt die Richtigkeit des Datums in Übereinstimmung mit seiner früheren Praxis bezüglich des französischen Rechtes, Entsch. Bd. 51 Nr. 38 S. 166. Einen freien Standpunkt in der Frage, ob das Datum des eigenhändigen Testaments am selben Tage und über der Unterschrift des Erblassers niedergeschrieben sein müsse, vertritt die Entscheidung des K.G. vom 24. Dezember 1900 (Entsch. in Ang. d. freiw. Gerichtsb. Bd. II S. 13). Ebenso hält eine Entscheidung des K.G. vom 7. April 1902 (Entsch. in Ang. d. freiw. Gerichtsb. Bd. III S. 71) eine wahrheitsgetreue Angabe von Ort und Zeit nicht für erforderlich. A. M. (mit Recht) das R.G. Entsch. Bd. 51 S. 169. Nach dem Urteil des K.G. vom 4. Juni 1903 (Entsch. in Ang. d. freiw. Gerichtsb. Bd. IV S. 12) muß die Unterschrift unter, nicht neben dem Kontext stehen. Dagegen mit Recht Dernburg, Deutsche Jur.Ztg. 1904 S. 5. — Die Entscheidung des K.G. vom 25. Februar 1901 (Entsch. in Ang. d. freiw. Gerichtsb. VI S. 61) verlangt, daß auch Ort und Zeit des holographischen Testaments eigenhändig geschrieben sind.

[2]) Ein seltener Fall. Leges generaliter constituuntur.

[3]) Dem vorzubeugen ist Sache des Erblassers.

[4]) Die veränderte Schreibweise hat die Fälschungsgefahr in hohem Maße gemindert; daher die leichte Form.

[5]) Dernburg, Deutsche Jur.Ztg. 1904 S. 4 beklagt das Mißtrauen, mit dem man das eigenhändige Privattestament in juristischen Kreisen betrachte. Vgl. auch

Nach § 2247 kann jemand, der minderjährig ist (z. B. ein sechszehnjähriger Sekundaner) oder Geschriebenes nicht zu lesen vermag, auch das Testament nicht in holographischer Form, sondern nur mündlich vor Gericht herstellen oder notariell letztwillige Verfügungen treffen.

Nach §§ 2232 ff. muß der Richter zur gerichtlichen Form entweder einen Gerichtsschreiber oder zwei Zeugen zuziehen, und zur notariellen Form der Notar einen zweiten Notar oder wieder zwei Zeugen. Hierbei ist auffallend, daß zum Testament eine privatschriftliche Erklärung genügt, nicht aber eine vom Notar oder vom Notar und einem Zeugen aufgenommene Erklärung.[1])

Dabei sind nun von jeder Mitwirkung als Richter oder als Notar, Gerichtsschreiber, Zeuge ausgeschlossen (§ 2234): Ehegatten und nahe Verwandte des Erblassers in gerader Linie oder im zweiten Grade der Seitenlinie, nicht bloß Verwandte, sondern auch Verschwägerte, also auch Schwiegerkinder und Stiefkinder, selbst Schwager und Schwägerin. Dagegen würden Onkel und Nichte des Erblassers zugelassen sein, weil sie erst im dritten Grade der Seitenlinie mit dem Erblasser verwandt sind. Die Folge der Zuziehung einer solchen ausgeschlossenen Person ist Nichtigkeit des Testaments. Denn § 2234 braucht das Wort „kann" nicht mitwirken. Es ist nicht bloß ein „soll" vorgeschrieben.

Auch wenn ein im Testament Bedachter mitwirkt oder auch nur ein zu dem Bedachten in jenem Verwandtschaftsverhältnisse Stehender, dann ist die Zuwendung, die an den im Testament Bedachten gemacht ist, nichtig.

Das klingt natürlich an das senatus consultum Libonianum an, nachdem quod sibi ipse quisquam adscripserit nichtig war. In Preußen[2]) mußte bekanntlich der Testator, wenn er dem Richter oder Gerichtsschreiber etwas zuwenden wollte, das besonders eigenhändig im Testament vermerken. Das B.G.B. läßt aber nicht einmal einen solchen Extravermerk zu, sondern die Zuwendung an einen bei der Errichtung Mitwirkenden ist schlechterdings null und nichtig.

Auch der Richter und Notar dürfen keinen Gerichtsschreiber oder einen zweiten Notar oder Zeugen aus ihrer Verwandtschaft in den angegebenen Grenzen wählen.

Crome-Zachariae, Handbuch des französischen Civilrechts, 8. Aufl., Freiburg i. B. 1895, Bd. IV S. 280 § 678 Anm. 1: „Das eigenhändige Testament ist, als Erweiterung der bürgerlichen Freiheit, von unschätzbarem Werte."

[1]) Das erklärt sich zum Teil aus der nachträglichen Einschiebung des holographischen Testaments in den Gesetzbuchstext, zum Teil aus der Gewähr der Echtheit durch die Handschrift des Testators.

[2]) A.L.R. I, 12 § 136.

Die Zeugen sind nicht bloß Beweiszeugen, sondern auch Solennitätszeugen. Daher bestimmt § 2237, daß bei der Errichtung des Testaments vier Kategorien nicht mitwirken sollen (also eine Ordnungsvorschrift): 1. Minderjährige, 2. Ehrlose, 3. wer unfähig ist, als Zeuge eidlich vernommen zu werden, 4. wer als Gesinde oder Gehilfe im Dienste des Richters oder des beurkundenden Notars steht.

Die Art und Weise der Errichtung ist nach § 2238 dahin bestimmt, daß sie vor Gericht oder Notar entweder durch mündliche Erklärung des letzten Willens geschehen kann, also als testamentum apud acta conditum, oder durch Übergabe einer Schrift, welche den letzten Willen enthält, also als testamentum iudici oblatum. Diese Schrift kann offen oder verschlossen übergeben werden. Der Testator muß nur erklären, daß sie seinen letzten Willen enthalte. Dabei braucht sie aber vom Testator nicht geschrieben zu sein, ja § 2238 verlangt nicht einmal, daß der Testator die überreichte Schrift auch nur unterschrieben habe.

Das B.G.B. meint wohl, durch die Unterzeichnung des gerichtlichen Protokolls werde nachher eine eigene Unterschrift des Testators beschafft, daher könne sie bei dem überreichten Aufsatz fehlen.

Wer aber minderjährig ist oder geschriebenes nicht zu lesen vermag, kann das Testament nur durch mündliche Erklärung errichten, also in ähnlicher Weise wie in Preußen die Personen unter achtzehn Jahren,[1]) nicht ein testamentum iudici oblatum, sondern nur ein testamentum apud acta conditum errichten. (2247.)

In beiden Fällen ist nach § 2240 ein Protokoll in deutscher Sprache aufzunehmen. Dies Protokoll muß natürlich verlesen, vom Erblasser genehmigt und von ihm und den mitwirkenden Personen eigenhändig unterschrieben werden (§ 2242).[2]) Also von allen mitwirkenden Personen, auch von den Zeugen, die etwa an Stelle des Gerichtsschreibers oder des zweiten Notars zugezogen sind. Sodann soll das Protokoll mit dem Amtssiegel verschlossen und in besondere amtliche Verwahrung gebracht werden mit einer das Testament näher bezeichnenden Aufschrift, die vom Richter oder Notar zu unterschreiben ist (§ 2246). Es stecken darin folgende Neuerungen:

---

[1]) A.L.R. I, 12 § 17.

[2]) Vgl. hierzu Entsch. d. R.G. Bd. 53 Nr. 37 S. 151. Nach der Entsch. d. O.L.G. Rostock vom 6. Juni 1901 (Entsch. in Ang. d. freiw. Gerichtsb. Bd. II S. 119) muß das Protokoll des gerichtlichen oder notariellen Testaments den richtigen Ort und den richtigen Tag der Verhandlung angeben. Schreibfehler können Nichtigkeitsgründe sein.

1. Das Protokoll selber soll mit in das Kuvert geschlossen werden. Bisher geschieht das nur mit dem schriftlich überreichten Aufsatz. Also wird der Richter eine Registratur zu den Akten nehmen müssen darüber, daß er das Protokoll mit dem überreichten Aufsatz in das Kuvert geschlossen hat.

2. Eine weitere Abweichung ist, daß die Aufschrift auf dem Kuvert nur vom Richter oder Notar zu unterschreiben ist. Bisher unterschrieben in Preußen Richter und Gerichtsschreiber zusammen.

3. Erklärt endlich der Erblasser, daß er nicht schreiben kann, dann wird seine Unterschrift durch die Feststellung dieser Erklärung im Protokoll ersetzt (§ 2242 Abs. 2).[1]) Mit andern Worten: Kein Handzeichen mehr. Der Erblasser braucht nicht mehr die Kreuze oder drei Nullen und was sonst dergl. zu machen.

Dem Erblasser muß über das Testament, das in amtliche Verwahrung genommen ist, ein Hinterlegungsschein erteilt werden (§ 2246 Abs. 2).

Auf Verlangen ist das Protokoll dem Erblasser auch zur Durchsicht vorzulegen (§ 2242 Abs. 1 Satz 3) also nicht bloß vorzulesen. Das ist namentlich für Taube von Wichtigkeit, denen die Vorlesung ja nichts nutzt. Ein Stummer oder ein sonst am Sprechen Verhinderter kann nur durch Übergabe einer Schrift testieren, und zwar muß er die Erklärung, daß die Schrift seinen letzten Willen enthalte, da er nicht sprechen kann, bei der Verhandlung eigenhändig in das Protokoll oder auf ein besonderes Blatt schreiben, das dem Protokoll als Anlage beigefügt werden muß (§ 2243). Letzteres ist der Vorsicht wegen hinzugefügt worden, für den Fall, daß der Richter so unvorsichtig sein sollte, den Testator seine Erklärung nicht in das Protokoll schreiben zu lassen. Dann soll auch ein besonderes Blatt genügen. Eichhorn (S. 109) warnt besonders davor, weil ein solches Blatt leicht verloren gehen könne und die Akten unnötig anschwellen lasse.

§§ 2244 und 2245 enthalten bemerkenswerte und viel bestrittene Vorschriften über einen Testator, der der deutschen Sprache nicht mächtig ist. Dann soll ein vereideter Dolmetscher zugezogen werden.[2]) Er braucht nicht gerichtlich vereidigt zu sein, er kann auch von einer andern Behörde vereidigt sein. Dieser hat das Protokoll, das der

[1]) Vgl. über die Beziehung der §§ 2241 u. 2242 zu § 177 des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit (Pflicht, Anlagen eines Protokolls zu verlesen) die Entsch. d. R.G. Bd. 54 Nr. 55 S. 197 ff.

[2]) Vgl. d. Entsch. d. K.G. v. 11. Febr. 1901 (Entsch. in Angel. d. freiw. Gerichtsbarkeit II, 59): Gerichtsschreiber und Dolmetscher können nicht dieselbe Person sein.

Richter aufgenommen hat, in die Sprache des Erblassers zu übersetzen; die Übersetzung muß dann als Anlage dem Protokoll beigegeben werden.

Die Zuziehung eines Dolmetschers kann nach § 2245 unterbleiben, wenn sämtliche mitwirkenden Personen der fremden Sprache, in welcher der des Deutschen nicht mächtige Erblasser sich erklärt, ihrerseits ebenfalls mächtig sind.

Wenn der Erblasser diese Erklärung abgibt, so ist der Richter verpflichtet, in der fremden Sprache, die er selber beherrscht, das Protokoll aufzunehmen. Es wird aber wohl stillschweigend vorausgesetzt, daß die Versicherung des Erblassers, der deutschen Sprache nicht mächtig zu sein, auch glaubhaft ist.[1]) Ohne das wird sich der Richter oder Notar doch wohl nicht darauf einzulassen brauchen.

Auf der andern Seite fällt Strohal[2]) in das entgegengesetzte Extrem, indem er meint, man hätte die fremde Sprache auch dann zulassen sollen, wenn der Erblasser, der in der fremden Sprache testieren will, des Deutschen zwar mächtig ist, aber die mitwirkenden Zeugen der deutschen Sprache nicht mächtig sind. Es ist aber keine Not vorhanden, daß er Personen zuzieht, die der deutschen Sprache nicht mächtig sind.

Artikel 151 des Einführungsgesetzes fügt hinzu, daß durch die Vorschriften des B.G.B. über die Testamentsform die allgemeinen Vorschriften der Landesgesetze über die Errichtung gerichtlicher oder notarieller Urkunden nicht berührt werden soll. Es sind solche landesgesetzliche Vorschriften gemeint, die nicht die Testamentsform speziell betreffen — denn diese im B.G.B. erschöpfend geregelt — sondern vielmehr die Herstellung gerichtlicher oder notarieller Formen überhaupt. Also z. B. die Regeln über Feststellung der Identität einer erscheinenden Person,[3]) oder weiter über die Geschäftsfähigkeit der Verfügenden, über Verbesserungen, Rasuren, Zeichen, Änderungen, Beifügung von Siegeln u. dgl. m. Diese sollen, weil die Reichsgesetze das Urkundenwesen nicht vollständig regeln, bestehen bleiben, jedoch, wie Art. 151 hinzufügt, bloß als Ordnungsvorschriften, ohne daß ihre Verletzung beim Testament Richtigkeit begründete. Nur die Vorschriften über die

[1]) A. M. Fischer-Henle Handausgabe. Anm. 1 zu § 2244. Strohal unterscheidet mit Recht die Frage, ob die Gültigkeit des Testaments von der Wahrheit dieser Versicherung abhängt, die er verneint, von der Frage, ob die Wahrheit bei der Testamentsaufnahme zu prüfen ist. 3. Aufl. S. 100 Anm. 46.

[2]) 3. Aufl. S. 102 Anm. 53.

[3]) Vgl. Mot. Bd. 5 S. 133.

sachliche Zuständigkeit können vom Landesrecht immer noch mit der Wirkung bekleidet werden, daß ihre Verletzung Nichtigkeit nach sich zieht, z. B. die Vorschriften, daß für (Testamente) Aufnahme des Testaments nur bestimmte Gerichte, z. B. nur Amtsgerichte zuständig seien. Übereinstimmend mit diesem Artikel 151 ist auch § 200 des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit, der nur allgemeiner, nicht bloß mit Bezug auf Testamente, das wiederholt, was Art. 151 über Testamente gesagt hat.

Es können hier aber nur Vorschriften über die Errichtung von gerichtlichen oder notariellen Urkunden in Betracht kommen, nicht z. B. über die Wirksamkeit, z. B. über den Charakter der Öffentlichkeit.[1])

Nach § 2248 kann auch ein holographisches Testament der mehreren Sicherheit wegen in amtliche Verwahrung gegeben werden und ist auf Verlangen des Erblassers in solche Verwahrung zu nehmen.[2])

Bei den außerordentlichen, erleichterten Testamentsformen berührt es sonderbar, was schon früher bemerkt wurde, daß, nachdem die privatschriftliche Form als ordentliche zugelassen ist, noch außerordentliche erleichterte vorkommen, die alle weitaus viel schwerer sind, als die privatschriftlichen ordentlichen. Das ist aus der Reichstagsvorlage übrig geblieben, in der das holographische Testament noch nicht stand.[3])

Die außerordentlichen, erleichterten Testamentsformen (§§ 2249 bis 2252) sind drei:

1. Das Dorftestament, wie man jetzt schon in der Literatur sagt (§ 2249). Wenn zu besagen ist, daß der Erblasser früher sterben werde, als die Errichtung des Testaments vor dem Richter oder Notar möglich ist, so kann er sein Testament vor dem Vorsteher der Gemeinde errichten, in der er sich aufhält, der Vorsteher muß zwei Zeugen hinzuziehen.[4])

[1]) Der Vortrag Ecks verneinte an dieser Stelle die nunmehr unpraktisch gewordene Frage, ob Art. 141 der preußischen Gesetzgebung gestatte, die notarielle Testamentsform auszuschließen. Letzteres ist nicht geschehen (Art. 141 spricht nur von notarieller Beurkundung, nicht von Errichtung).

[2]) Der Antragsteller, der ein holographisches Testament zur Verwahrung bringt, braucht seine Identität mit dem Testator nicht nachzuweisen. So die Entsch. des K.G. v. 15. Okt. 1900 (Entsch. in Angelegenh. der freiwill. Gerichtsbarkeit Bd. 1 S. 146.

[3]) Für Analphabeten und solche, die am Schreiben verhindert sind, werden diese Vorschriften hauptsächlich von Wert sein.

[4]) Vgl. Entsch. des K.G. v. 7. Okt. 1901 (Entsch. in Angelegenh. der freiwill. Gerichtsbarkeit Bd. II S. 217): Der Gemeindevorsteher muß der deutschen Sprache mächtig sein. Er muß das Protokoll verfassen.

2. Sodann ist nach § 2250 bei Absperrung eines Ortes wegen Ausbruchs einer Krankheit oder wegen sonstiger außerordentlicher Umstände (anklingend an das testamentum pestis tempore conditum) der Erblasser befugt, wie beim Dorftestament, vor dem Gemeindevorsteher und zwei Zeugen oder bloß mündlich vor drei Zeugen zu testieren.

3. Wer sich während einer Seereise an Bord eines deutschen Schiffes befindet, kann auch mündlich vor drei Zeugen testieren (§ 2251).

Indessen haben diese privilegierten Testamente nur eine zeitlich beschränkte Kraft. Sie verlieren dieselbe, wenn drei Monate nach ihrer Errichtung der Erblasser noch lebt. Dann fallen sie zusammen und müssen durch neue ersetzt werden.

8. Die Aufhebung eines Testaments.

§ 25.

Die Aufhebung des Testaments (§§ 2078—2083) wurde schon berührt (§ 16 S. 89 ff.). Die Aufhebung des Testaments durch Widerruf (§§ 2253—2258) steht dem Erblasser jede Zeit frei, sogar auch dann, wenn er wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist. Strohal[1]) hat es lebhaft getadelt, daß der, welcher nicht zu testieren im stande sei, doch das Testament widerrufen könne. Allein die Testierbefugnis wird dem Entmündigten entzogen, weil man fürchtet, daß er sie mißbrauchen könne. Aber daß er das Widerrufsrecht mißbrauchen könne, ist kaum annehmbar. Denn wenn er sein Widerrufsrecht ausübt, werden die gesetzlichen Erben berufen, worin kein Mißbrauch gefunden werden kann.[2])

Drei Formen des Widerrufs sind eröffnet:

1. Der Widerruf erfolgt durch Testament (§ 2254). Dabei wird aber hinzuzudenken sein, daß er im Testament auch erklärt ist. Dagegen hat ein neues Testament, das keinen Widerruf ausspricht, an sich noch keine das ältere Testament aufhebende Kraft, sondern nur insoweit, als es dem älteren widerspricht. Wenn es aber mit dem älteren inhaltlich vereinbar ist, so tritt es neben dasselbe. Man hat also bei § 2254 hinzuzudenken, daß das neue Testament entweder den Widerruf ausdrücklich erklären muß, oder durch seinen Inhalt, welcher mit dem

[1]) Vgl. jetzt 3. Aufl. S. 310, 311 Anm. 3.

[2]) Unvernünftige Erwägungen können auch hierbei eine Rolle spielen.

des älteren Testaments in Widerspruch steht, den Widerruf implicite ausdrücken.

2. Es kann der Widerruf erklärt werden, wie nach bisherigem Recht, durch absichtliche Kassation der Testamentsurkunde (§ 2255), wenn sie vernichtet wird, oder an ihr Veränderungen vorgenommen werden, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt, und zwar muß diese Vernichtung in der Absicht, das Testament aufzuheben, erfolgt sein. Wenn der Erblasser die Urkunde, wie angegeben, vernichtet oder verändert hat, so wird also vermutet, daß er die Aufhebung beabsichtigt habe. Dies braucht nicht besonders bewiesen zu werden. Freilich wird dieser Widerruf des Testaments durch physische Kassation nur bei privatschriftlichen Testamenten möglich sein. Daß der Testator ein gerichtlich oder notariell verwahrtes Testament kassiert, wird mindestens nicht leicht vorkommen.

3. Die Rückgabe der Urkunde aus der amtlichen Verwahrung hebt das Testament auf (§ 2256). Eine Absicht des Widerrufs ist nicht erforderlich, sondern die Rückgabe an den Erblasser genügt, um das Testament aufzuheben. Der Gesetzgeber sagt ausdrücklich, „es gilt" als widerrufen, er braucht die Form der Fiktion. Auch wenn der Erblasser nicht wollte, gilt das gerichtliche Testament sobald er es aus der amtlichen Verwahrung zurücknimmt, als widerrufen.

Dies genügt eben nur bei einem vor Gericht oder Notar errichteten Testament, aber nicht bei einem privatschriftlichen Testament, das der Erblasser bei einem Notar in Verwahrung gegeben hat. Das hat Strohal getadelt.[1]) Er sagt, das zurückgenommene gerichtliche Testament müßte ebensogut weiter gelten, wie das privatschriftliche. Allein das vor Gericht oder Notar errichtete Testament verlangt von vornherein größere Sicherheit, darum wird es in amtliche Verwahrung gegeben. Die amtliche Verwahrung ist ein Stück des Solennitätsaktes, ein Tatbestandsmerkmal; das Schriftstück wurde in Verwahrung gegeben zur Vollendung des Testaments.[2]) Wenn ein solches Testament zurück-

[1]) Vgl. jetzt Aufl. 3 S. 317 Anm. 18, woselbst die in der ersten Auflage vertretene Ansicht (mit Angabe weiterer Literatur) abgeändert wird. Strohal nimmt jetzt an, daß ein gerichtliches oder notarielles Testament nach der Rückgabe als eigenhändiges fortbestehen kann, insofern es dessen Erfordernissen entspricht. Doch ist dies nicht unangefochten geblieben. Auch Ecks Ausführungen im Texte sprechen dagegen.

[2]) Die Entsch. d. K.G. vom 11. Juli 1901 (Entsch. in Ang. d. freiw. Gerichtsb. Bd. III S. 157) legt dem Notar die Pflicht auf, alle von ihm offen oder amtlich verwahrten Erbverträge dem Nachlaßgerichte zur dauernden Verwahrung abzuliefern.

genommen ist, so ist damit ein Moment des gesetzlich erforderten und vom Erblasser beobachteten Tatbestandes abgebrochen. Wenn dagegen ein Testament privatschriftlich errichtet, nur der größeren Sicherheit wegen einem Notar übergeben und dann zurückgenommen wird, so wird nicht ein Tatbestandsmerkmal vernichtet, sondern nur eine Sicherheitsmaßregel wieder aufgehoben.

Endlich kann nach § 2257 der Widerruf des Testaments seinerseits widerrufen werden. Dabei wird man hinzudenken müssen, daß der Widerruf in den Formen widerrufen wird, die in den vorher mitgeteilten Paragraphen vorgeschrieben sind. Freilich klingt der § 2257 so, als ob ein formloser Widerruf statthaft wäre. Das ist aber entschieden nicht gemeint.[1])

9. Eröffnung eines Testaments. (§§ 2259—2264.)

§ 26.

Im wesentlichen steht es hiermit ebenso wie nach preußischem Recht.

Zunächst ist beim Tode des Erblassers jedes nicht amtlich verwahrte Testament unverzüglich an das Nachlaßgericht abzuliefern (§ 2259) und nicht bloß von einer Privatperson, sondern auch wenn eine andere Behörde als ein Gericht das Testament in Händen hat oder wenn es sich beim Notar in amtlicher Verwahrung befindet (§ 2259 Abs. 2). Hat nun ein Gericht, sei es durch diese Ablieferung, sei es von vornherein, ein Testament des Verstorbenen in Händen, dann muß es einen Termin zur Eröffnung anberaumen und dazu die gesetzlichen Erben und sonstigen Beteiligten, soweit tunlich, laden (§ 2260). Es muß dann das Testament öffnen und auch verkünden.[2]) Nur darf die Verkündung unterbleiben, wenn der Testamentsinhalt den erschienenen Beteiligten vorgelegt wird. Nicht notwendig ist Vorlesung des unter Umständen sehr langen Testaments, wie es in Preußen der Fall ist.

Weiter muß das Gericht den Beteiligten, die nicht zugegen waren, nach § 2262 vom Inhalte des Testaments Kenntnis geben. Endlich ist auf Verlangen jedem Interessenten eine Abschrift zu erteilen (§ 2264).

---

[1]) Vgl. hierzu Strohal, 3. Aufl. S. 311 Anm. 3 über den streitigen Fall, daß ein Widerruf des Widerrufs während der Entmündigung geschehen ist.

[2]) Nach der Entsch. d. K.G. vom 8. Juli 1901 (Entsch. in Ang. d. freiw. Gerichtsb. Bd. II S. 169) ist das Nachlaßgericht nicht befugt, in eine Prüfung der Frage einzutreten, ob das zu eröffnende Testament rechtsgiltig ist.

Wenn ein anderes Gericht als das Nachlaßgericht das Testament in Verwahrung hat, so liegt dem verwahrenden Gericht die Eröffnung ob, und es muß nach Eröffnung das Testament nebst beglaubigter Abschrift des Eröffnungsprotokolles dem Nachlaßgericht übersenden und eine beglaubigte Abschrift zurückbehalten (§ 2261), weil bei der Versendung das Original-Testament unter Umständen verloren gehen kann.

10. Gemeinschaftliche Testamente. (§§ 2265—2273.)

§ 27.

Die Regeln des B.G.B. stehen am nächsten denen des preußischen Rechts. Aber das B.G.B. nimmt doch einige weittragende Änderungen vor und läßt bei dieser Gelegenheit einige erhebliche Zweifel übrig.

Gemeinsame Testamente, d. h. Testamente mehrerer Personen in einer Urkunde, läßt, wie bekannt, das gemeine Recht nicht bloß unter Ehegatten, sondern auch unter andern Testatoren im weitesten Umfange zu, gerade umgekehrt wie das französische Recht, das das gemeinsame Testament gar nicht zuläßt.

Das wollte auch der Entwurf I übernehmen, weil, wie die Motive sagen, die Materie gar zu schwer zu normieren sei. Das B.G.B. ist indessen auf die Kritik, die sich hiergegen erhob, zu den Sätzen des preußischen Rechts über die Zulassung des gemeinsamen Testaments zurückgekehrt.[1]) Nach § 2265 ist hiernach ein gemeinschaftliches Testament nur unter Ehegatten statthaft, nicht auch unter Verlobten, wie nach andern deutschen Rechten, wo Verlobte sich ihre Erbfolge wechselseitig zusichern können.

Folgerichtig macht nun § 2268 das gemeinschaftliche Testament zweier Gatten sogar vom Bestehen der Ehe zwischen den beiden Testatoren abhängig, „d. h. davon, daß sie weder nichtig ist, noch durch Tod aufgelöst wird".[2]) Ist die Ehe nichtig oder wird sie anders als durch den Tod eines Gatten aufgelöst, wird auch nur die Klage auf Ehescheidung wegen Verschuldens des Beklagten mit Grund erhoben,

---

[1]) M. E. hat man sich ohne Not ins Bockshorn jagen lassen. Zu gemeinschaftlichen Testamenten ohne Korrespektivität liegt kein Bedürfnis vor; die zwingende Korrespektivität können aber auch getrennte Testamente herstellen, seitdem auflösende Bedingungen uneingeschränkt in letztwillige Verfügungen zulässig sind, also auch die auflösende Bedingung des Wegfalles eines fremden Testaments, das eine entsprechende auflösende Bedingung enthält.

[2]) Vorbereitungsheft.

dann ist der gesamte Inhalt des gemeinsamen Testaments unwirksam. Es werden also nicht bloß die Zuwendungen eines Gatten an den andern durch Auflösung der Ehe oder begründete Erhebung der Ehescheidungsklage unwirksam, sondern wie schon nach Pr. A.L.R. (II, 1 § 489) der gesamte Inhalt des Testaments.[1])

Indessen fügt § 2268 Abs. 2 eine Milderung hinzu. Ausnahmsweise bleiben in den Fällen der Eheauflösung und der Scheidungsklage Verfügungen des Testaments aufrecht, wenn von ihnen anzunehmen ist, daß sie auch für den eingetretenen Fall der Eheauflösung getroffen sein würden, z. B. Verfügungen, die ohne jede Beziehung zu der Ehe zwischen den beiden Testatoren getroffen sind. Etwa wenn einer verfügt hat, es solle ihm ein Denkmal errichtet werden o. dgl. m., oder wenn der eine eine Stiftung errichtet hat, die mit seiner Ehe nicht zusammenhängt, dann kann diese Verfügung aufrecht erhalten werden, weil sie eben auch für den eingetretenen Fall der Eheauflösung gewollt sein würde. Diese Milderung, die wir im preußischen Recht nicht haben, ist gewiß gerechtfertigt.

Die Testamentsformen zerfallen auch hier in ordentliche und außerordentliche. So bestimmt § 2266, daß bei der Besorgnis, daß auch nur ein Ehegatte vor Ankunft des Richters oder Notars versterben werde, beide Gatten, nicht bloß kranke, sondern auch gesunde, gemeinschaftlich in der Form des § 2249, das will besagen, in der Form des Dorftestaments testieren können, d. h. vor dem Gemeindevorsteher und zwei Zeugen.

Eine Schwierigkeit erhebt sich für das gemeinschaftliche Testament bei der holographischen Form. Da soll es nach § 2267 genügen, daß ein Gatte den Text eigenhändig schreibt und unterschreibt, und der andere nur die eigenhändige Erklärung beifügt, daß das Testament auch als das seinige gelten solle und diese Erklärung mit Angabe von Ort und Tag der Ausstellung versieht und unterschreibt. Wenn also der eine Ehegatte das Testament geschrieben hat, braucht der andre bloß diesen Zusatz beizufügen. Fischer[2]) geht so weit, zu sagen, es sei gar nicht einmal zulässig, daß jeder Ehegatte den Text des Testamentes selber schreibe, da beide gleich lauteten; denn dann würden zwei selbständige Testamente vorliegen und nicht mehr ein gemeinschaftliches. Das scheint mir un-

[1]) Eine solche stillschweigende Resolutivbedingung würde sehr gut auch für nicht gemeinschaftliche Testamente einen Sinn haben, in denen ein Gatte den andern zu Erben einsetzt.

[2]) Fischer-Henle Handausgabe. Anm. 1 zu § 2267 vgl. auch Prot. V. S. 429.

haltbar. Wenn jeder den Text des Testaments selber schreibt, tut er noch mehr als im § 2267 vorgeschrieben ist; das Testament ist erst recht als gemeinschaftliches wirksam, wenn beide Texte nur in einer Urkunde stehen und gleich lauten.

Eichhorn[1]) hält diese Vorschrift für wenig praktisch. Gewöhnlich würden die Gatten die Erklärung als gemeinschaftliche fassen („Wir testieren") und da nur einer von ihnen Schreiber des Aufsatzes sein könne, so werde der andre sich mit seiner Unterschrift begnügen, nicht aber noch eine andre besondere Erklärung beifügen, daß das Testament auch als das seinige gelten solle. Der andre dürfe sich aber nicht mit der bloßen Unterschrift begnügen.[2])

Ein bestimmter Inhalt des gemeinschaftlichen Testamentes ist vom B.G.B. nicht vorgeschrieben. Folglich brauchen die beiden Ehegatten und Mittestatoren einander nicht zu bedenken. Tun sie es nicht, sondern bedenkt jeder einen andern als seinen Gatten, dann ist das Testament, wie man zu sagen pflegt, ein rein simultanes, ein testamentum mere simultaneum, wie es jetzt auch in Preußen zugelassen ist. Ich weiß nicht, warum Eichhorn (S. 129) sagt, das sei abgelehnt. Es würde doch nur abgelehnt sein, wenn die gemeinschaftlichen Testamente der Ehegatten einen bestimmten Inhalt haben müßten, wechselseitige Bedenkung u. dgl. mehr. Das ist mit keiner Silbe irgend wo vorgeschrieben. Das folgt klar aus § 2269 „haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente, durch das sie sich gegenseitig als Erben einsetzen usw." Nötig ist das keineswegs, auf den Inhalt des gemeinsamen Testamentes kommt nichts an.

Wenn aber die Gatten einander bedenken („testamentum mutuum et reciprocum"), dann können ihre Zuwendungen immer noch von einander unabhängig bleiben, und das Testament ist dann ein simultaneum. Daß das zulässig ist, folgt aus § 2270, wo es heißt: „Haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente Verfügungen getroffen, von denen anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des andern getroffen sein würde, so hat die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung die Unwirksamkeit der andern zur Folge." Also können die Verfügungen sich kreuzen, d. h. unabhängig von einander sein.

Indessen bilden den nächstliegenden und wichtigsten Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments natürlich auch für das B.G.B. Zuwendungen,

[1]) a. a. O. S. 129 Nr. 3.

[2]) Die Parteien werden sich hier, wie sonst über die Rechtsvorschriften informieren müssen.

die von einander abhängig gemacht sind. Der wichtigste Fall bleibt auch in Zukunft das testamentum correspectivum (ein Testament, worin die betreffenden Zuwendungen sich nicht bloß kreuzen, sondern jede auch an den Bestand der andern gebunden ist). Dies Verhältnis der Abhängigkeit besteht nun nach § 2270 Abs. 1, sobald anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen Gatten nicht ohne die des andern getroffen sein würde. Es braucht also diese Abhängigkeit durchaus nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden. Es findet sich sogar eine weitgehende Präsumtion für diese Korrespektivität.

Darum ist es noch weniger notwendig, was Eichhorn in seine Musterbeispiele aufnimmt, daß die Gatten, die das gemeinsame Testament errichten, ihre Verfügungen wechselseitig akzeptieren. Das klingt nach einem Erbvertrag. Eichhorn meint, das sei freilich nicht nötig, aber doch zweckmäßig und üblich, um damit die Korrespektivität auszudrücken. Aber es könnte doch unter Umständen im Sinne eines Erbvertrags mißdeutet werden.[1]) Zum mindesten ist wechselseitige Akzeptation durchaus nicht geboten oder auch nur unter allen Umständen anzuraten.

Wenn nun diese wechselseitige Gebundenheit der einen Verfügung an die andere vorliegt, dann ist die Folge, die § 2270 Abs. 1 klar ausspricht, daß Nichtigkeit oder Widerruf der einen Verfügung von selber auch Unwirksamkeit der korrespektiven Verfügung des Mitteſtators nach sich zieht. Also auch wenn die eine Erklärung nur wegen eines formellen Mangels nichtig ist, weil der Testator etwa seine Unterschrift vergessen hat o. dgl. m., so wird die andere ebenfalls nichtig. Wenn der andere Testator von dem Widerruf des ersteren, seines Ehegatten, Kenntnis erhält und dazu still schweigt, ist trotzdem seine Verfügung unwirksam geworden. Denn diese Folge soll von selber eintreten, ipso facto, sobald die eine der beiden korrespektiven Verfügungen nichtig ist oder widerrufen wird.

Die denkbar stärkste Wirkung der Abhängigkeit hat also das B.G.B. angenommen (nicht bloß Widerrufsrecht, sondern ipso facto eintretende Unwirksamkeit, der mit der widerrufenen oder nichtigen Verfügung korrespektiven Teile). Die einfachste und gewiß richtige Konstruktion für diese Erscheinung bietet sich durch die Annahme gegenseitiger Bedingtheit der beiden Verfügungen. Jeder Verfügung ist die negative

[1]) Was für die Verfügungsgewalt der Beteiligten über ihr Vermögen von Bedeutung wäre (s. unten S. 188 Anm. 1).

Suspensivbedingung hinzugedacht, gemeinrechtlich ausgedrückt: si alter dispositionem suam non mutaverit, oder richtiger: „si non erit irrita aut revocata", wenn die des andern weder nichtig ist[1]) noch vom Mitteſtator widerrufen wird."

Möglich aber ist freilich nach dem B.G.B. statt dieser Konstruktion der Bedingtheit nun auch die Annahme einer bloßen Voraussetzung. Im § 2078 Abs. 2 in der Lehre von der Anfechtung ist so etwas wie die Windscheidsche Theorie von der Voraussetzung rezipiert. Danach ist das Testament anfechtbar, soweit der Erblasser zu der Verfügung durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstandes bestimmt worden ist. Bei dem Fehlschlagen der Voraussetzung, könnte man sagen, findet Anfechtung der Verfügung statt. Abgesehen von der Fraglichkeit der ganzen Kategorie der Voraussetzung ist ja sowohl im bisherigen Recht als auch in der Theorie des neuen Rechts die Annahme einer Bedingtheit die herrschende und von den ersten Autoritäten vertreten.[2])

Dagegen ist nun nach § 2270, wie vorher schon angedeutet wurde, die Korrespektivität ganz und gar nicht an einen bestimmten Inhalt der Verfügung gebunden, insbesondere nicht etwa daran, daß der Inhalt der Verfügungen in Zuwendungen des einen Testators an den andern und des andern an den einen bestehen müsse. Vielmehr kann jeder der beiden Gatten seinen Nachlaß lediglich und von vornherein gewissen dritten Personen zuwenden, nur eben mit Rücksicht auf die gleichen Verfügungen des andern. Z. B. von zwei Ehegatten, die in kinderloser Ehe leben, hat etwa jeder ein Kind aus früherer Ehe. Sie haben also, wie man sagt, „zusammengebrachte" Kinder. Nun setzen sowohl der Mann als die Frau in einem gemeinschaftlichen Testament diese beiden zusammengebrachten Kinder als Erben ein. Hier bedenkt keiner der beiden Ehegatten den andern, sondern jeder nur dritte Personen, aber jeder bedenkt das Kind des andern, sein Stiefkind korrespektiv mit Rücksicht darauf, daß der zweite Testator das Stiefkind des ersteren bedenkt. Dann haben wir keine wechselseitigen Zuwen-

[1]) Vorbereitungsheft Ein conditio in praeteritum relata. Richtiger: „Wenn sich herausstellen sollte, daß die andere Verfügung nichtig ist, so soll meine Verfügung mit Rückziehung wegfallen."

[2]) M. E. kann man überhaupt nicht sagen, daß jeder das Unterbleiben eines Widerrufs auf der andern Seite erwartet (voraussetzt), sondern nur, daß er für den Fall des Widerrufs Vorsorge trifft. Das spricht überhaupt gegen Windscheids Terminologie.

dungen. Darum (glaube ich) ist die von Dernburg[1]) empfohlene preußisch-rechtliche Terminologie, die statt korrespektives Testament immer wechselseitiges Testament sagt, irreführend und besser aufzugeben. Denn ein korrespektives Testament braucht eben keine wechselseitige Zuwendung zu enthalten, und umgekehrt können Zuwendungen in einem Testament zweier Gatten wechselseitig ausgesprochen sein, vom Mann zu Gunsten der Frau und umgekehrt, und doch nicht korrespektiv, ohne daß sie von einander abhängig sein sollten.

Das B.G.B. hat leider für die einzelnen Unterarten des gemeinschaftlichen Testamentes keine technische Bezeichnung. Auch den Ausdruck korrespektives Testament hat es vermieden wegen des lateinischen Ursprungs und ersetzt denselben z. B. in den §§ 2270, 2271 durch eine unglaublich schwerfällige Umschreibung von 15 Worten. § 2271: „Der Widerruf einer Verfügung, die mit einer Verfügung des andern Ehegatten in dem im § 2270 bezeichneten Verhältnisse steht u. s. w."

Der Ausdruck korrespektiv ist zur Bezeichnung der gegenseitigen Abhängigkeit so deutlich und passend, daß man ihn in der Theorie wohl trotz seines lateinischen Ursprungs wird festhalten dürfen.

Wenn nun aber die beiden Gatten sich in einem gemeinschaftlichen Testament wechselseitig bedenken, sei es korrespektiv oder nicht, dann kann dies natürlich entweder durch Erbeinsetzung geschehen oder auch durch Vermächtnis, z. B. dadurch, daß jeder dem andern den Nießbrauch an seinem, des Testators, Nachlaß zuwendet. Wenn es aber durch gegenseitige Erbeseinsetzung geschieht und zugleich bestimmt ist, daß nach dem Tode des längst lebenden Gatten der beiderseitige Gesamtnachlaß einem Dritten zufallen soll, und das ist bekanntlich am allerhäufigsten, insbesondere bei dem sog. Berliner Testament, dann fragt es sich, ob der Dritte, z. B. der gemeinsame Sohn der beiden testierenden Ehegatten nach dem Tode des längst lebenden Ehegatten die beiden Nachlässe als zwei getrennte Objekte und aus zwei verschiedenen Berufungsgründen erwirbt, nämlich den Nachlaß des erst verstorbenen Gatten (z. B. seines Vaters) als Nacherbe hinter der Mutter, als fideikommissarischer Substitut und dann den Nachlaß des zweitverstorbenen Gatten, z. B. seiner Mutter, als deren Erbe, nämlich als Vulgarsubstitut des Vaters, der primo loco eingesetzt war, aber vor der Mutter verstorben ist.

Mit andern Worten: bekommt der Dritte zwei Erbschaften?

---

[1]) Pr. Privatrecht III § 183 Anm. 7, § 482 A.L.R. II 1.

Das ist die Meinung, für die sich Dernburg ausspricht und auch das Reichsgericht, wenigstens für das preußische Recht.[1]) Ihr zufolge vollzieht sich der Rechtserwerb des Dritten ungleichzeitig für die beiden Nachlässe. Schon mit dem Tode des erst verstorbenen Gatten bekommt er eine Anwartschaft als Nacherbe hinter der überlebenden Mutter, und erst mit dem Tode des zweit verstorbenen Gatten, der Mutter, erwirbt er den Nachlaß des Vaters als Nacherbe zu Eigentum, den Nachlaß der Mutter aber einfach als Erbe. Dann kann es auch geschehen, daß der erste Erwerb sich verwirklicht, aber der zweite nicht, daß der Sohn, weil er den Vater überlebt, nun die Anwartschaft als Nacherbe erlangt und auf seinen Erben überträgt, dann aber, weil er vor der Mutter stirbt, von der Mutter nichts erbt.

Diese Spaltung des Gesamtnachlasses in zwei selbständige Erbschaften entspricht gewiß nicht dem Willen der Testatoren, die sich ihren Nachlaß als ein Ganzes gedacht haben. Darum gilt, sagen andre, daß der Dritte, der Sohn der testierenden Ehegatten, das Recht auf die beiden Nachlässe als eine Einheit erwerbe und zwar schon beim Tode des erst versterbenden, etwa des Vaters, so daß die letzt versterbende Mutter gar nicht mehr Erblasserin ihres Vermögens wäre, sondern nur noch mit Herausgabe desselben belastet, wie ein Fiduziarerbe. Dann hat eben jeder Testator über den ganzen Nachlaß verfügt, und nach dem Erstverstorbenen hätte nun der Dritte bereits eine Anwartschaft auf den ganzen Nachlaß erworben, er bekäme, kraft der Verfügung des Erblassers auch den Nachlaß der Zweiten. Das hat bekanntlich Buchka in der Theorie des gemeinen Rechts ausgeführt und das preußische Obertribunal hat es gelegentlich angenommen.[2]) Die wichtigste Konsequenz wäre natürlich die, daß der Dritte schon beim Tode des ersten Ehegatten eine feste Anwartschaft auf den Gesamtnachlaß erworben hätte.

Eine andere Konsequenz hat das Obertribunal in der Tat (Band 36, Seite 62 ff.) gezogen; daß, wenn der Dritte noch bei Lebzeiten des zweiten Gatten, also der Sohn noch bei Lebzeiten der Mutter, den ganzen Nachlaß der Eltern an irgend jemand verkauft, dies durchaus gültig wäre, weil es nur den durch den Tod des ersten Ehegatten dem Sohne bereits sicher zugefallenen Nachlaß betrifft, dessen Ausantwortung bis zum Tode der Mutter aufgeschoben ist.

[1]) Dernburg, Pr. Privatrecht III § 184.

[2]) Vgl. Dernburg, Pr. Privatrecht § 183 Anm. 3 ff. Es wäre dies eine Ausnahme des Satzes: Viventis non est hereditas.

§ 2269 löst diese Frage durch Annahme einer dritten Auffassung, die den Ansichten Dernburgs wie Buchkas widerspricht. Der Erbe soll zwar die beiden Nachlässe als Einheit erhalten, aber nicht als Erbe des erst verstorbenen Gatten, sondern als Erbe des letztverstorbenen.

Der erste Nachlaß geht also im zweiten auf, und der dritte beerbt den erstverstorbenen Gatten gar nicht, sondern nur den zweiten.

Diese Ansicht ist schon einmal vom Reichsgericht angedeutet worden (Bd. 27 S. 150). Da wird diese Idee damit motiviert, daß man sich dies gemeinsame Testament etwa so denken müsse, daß der Dritte von jedem der beiden Gatten nur bedacht sei, falls dieser Gatte selber der längstlebende sein würde. Wenn aber der eine vor dem andern stürbe, dann falle das Testament des Erstversterbenden in sich zusammen und nur die Verfügung des Längstlebenden bleibe noch bei Kraft. Folglich erbe der Dritte nur dann, wenn er auch den zuletzt versterbenden Gatten überlebe. Wenn der Sohn z. B. seinen Vater überlebt, aber nicht seine Mutter, dann hat er keine Anwartschaft auf den vom Vater herstammenden Nachlaß, sondern er hätte die Mutter überleben müssen, um vom Gesamtnachlaß der Eltern irgend etwas erben zu können.

In dieser scharfsinnigen Lösung liegt m. E. eine ganz außerordentlich wichtige Neuerung.[1]) Eichhorn[2]) spricht bei der Erörterung dieser Vorschrift von einem Nacherben. Es soll jedoch der Dritte überhaupt nicht Nacherbe werden, sondern nur eigentlicher Erbe des Überlebenden, wie das ja auch Eichhorn anerkennt.

Wenn daher z. B. der Sohn den Vater überlebt hat, aber nicht die Mutter, so hat er gar nichts geerbt und überträgt nichts z. B. an seine Witwe. Braucht nach dem Tode des Vaters der Sohn Geld und verkauft er die ganze Erbschaft, so ist das nichtig; denn die Erbschaft gehört seiner Mutter, und bei ihren Lebzeiten kann er gar keine gültigen Verträge über die Erbschaft schließen.

Ist der Vater Millionär, die Mutter aber arm, so bekommt der Sohn, wenn der Vater zunächst von ihr beerbt wird, die Millionen nicht vom Vater, sondern von der Mutter; denn er wird bloß als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten behandelt. Das ist etwas auffallend.

---

[1]) Die m. E. auf guter Menschenkenntnis beruht. Sie trifft den mutmaßlichen Willen der Beteiligten.

[2]) A. a. O. S. 130 Anm. 5.

Ähnliches bestimmt § 2269 Abs. 2 für den Fall, daß die Gatten für einen Dritten ein Vermächtnis angeordnet haben, z. B. ihrem Hausarzte, das erst nach dem Tode des Längstlebenden erfüllt werden soll.

Das Reichsgericht (Entsch. Bd. 11 S. 258) nahm hier eine Spaltung des Vermächtnisses für das preußische Recht an. Andere dagegen ließen das Vermächtnis schon bei dem ersten Todesfalle anfallen. Das B.G.B. nimmt den Anfall erst nach dem Tode des Längstlebenden an.

§ 2270 bestimmt eine Vermutung der Korrespektivität:

1. für alle diejenigen Verfügungen, durch welche die testierenden Gatten sich gegenseitig bedenken.

2. Auch für solche Verfügungen, durch die zwar nur ein Gatte dem andern eine Zuwendung macht, aber zugleich auch auf den Todesfall des Bedachten etwas zu Gunsten eines Dritten verfügt wird, der dem Geber der ersteren Zuwendung nahe steht. Z. B. eine Ehefrau vermacht im Testament dem Mann ihr Grundstück, und dafür soll beim Tode des Mannes der Bruder der Ehefrau 10000 M. erhalten.

Andererseits beschränkt diese Vermutung die Korrespektivität auf Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen, z. B. bei Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder bei familienrechtlichen Verfügungen, müssen die Erblasser die Korrespektivität besonders aussprechen, was der Gesetzgeber wohl ausdrücklich hätte sagen sollen. Wir haben also eigentlich in Abs. 3 eine Vermutung gegen Korrespektivität. Anders interpretiert Strohal[1]) § 2270 Abs. 3, den er lebhaft tadelt. Nach seiner Meinung müßten solche Verfügungen so behandelt werden, als ob sie in zwei Testamenten ständen und sogar trotz Scheidung der Gatten wirksam bleiben. Das geht m. E. zu weit.

Trotz dieser Vermutung für und gegen Korrespektivität kann die Trennung des korrespektiven Testamentsinhalts und des nichtkorrespektiven im einzelnen Falle schwierig sein.

Das Widerrufsrecht bleibt selbstverständlich auch bei dem gemeinschaftlichen Testament jedem der beiden Testatoren unverkümmert, aber die Ausübung des Widerrufs ist wesentlich erschwert durch § 2271, eine Neuerung:

---

[1]) Vgl. jetzt 3. Aufl. S. 328 Anm. Strohal nimmt an, daß bei andern Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnissen und Auflagen es zwar möglich sei ihre Gültigkeit von der Geltung und Fortdauer einer entsprechenden Verfügung des andern Teils abhängig zu machen, daß dann aber wegen § 2278 Abs. 2 das Recht der korrespektiven Verfügungen nicht gelte. (M. E. nicht unbedenklich, weil Erbverträge und korrespektive Testamente zwei verschiedene Dinge sind.)

1. Bei Lebzeiten der beiden testierenden Gatten erfolgt der Widerruf einer korrespektiven Verfügung nach den Regeln über den Rücktritt vom Erbvertrag, d. h. mittels Erklärung gegenüber den andern Ehegatten und einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Der Gatte, dessen Mitteststator widerruft, soll nicht über den eingetretenen Widerruf im Dunkeln bleiben, wie das nach preußischem Recht möglich war. Dagegen, fügt derselbe Abs. 1 § 2271 hinzu, kann der eine Testator nicht auch einseitig durch eine neue Verfügung von Todes wegen widerrufen, z. B. dadurch, daß er ein neues Testament macht.[1]) Nur durch ein neues gemeinsames Testament oder einen Erbvertrag ist ein Widerruf möglich.

Mit dem Tode des einen Ehegatten ist das Widerrufsrecht des Überlebenden grundsätzlich erloschen (§ 2271 Abs. 2). Also nicht durch endgiltigen Erwerb des Zugewendeten. Nur dann kann der Überlebende es noch ausüben:

a) wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt.

b) Auch ohne Ausschlagung ist der Überlebende wegen einer Verfehlung, die der Dritte von ihm Bedachte begeht, zur Aufhebung berechtigt (§ 2271 Abs. 2 Satz 2), d. h. in den Grenzen und Formen, in denen ihm auch ein Rücktritt von dem Erbvertrag und eine Pflichtteilsentziehung freistehen würde — also wenn der überlebende Ehegatte z. B. eine Lebensnachstellung die von dem Dritten, dem gemeinsamen Kinde, verübt ist, erfährt, so ist er zur Aufhebung berechtigt.

Der Gesetzgeber sagt hier mit Absicht, daß der Überlebende zur Aufhebung berechtigt ist, nicht zum Widerruf. Letzteres könnte so klingen, als ob er nur seine eigenen Verfügungen widerrufen dürfte. Er kann aber das ganze Testament wegen dieser Verfehlung zum Nachteil des Dritten aufheben und nicht bloß das von ihm herrührende Vermögen, sondern auch das vom verstorbenen Ehegatten auf ihn gekommene dem Urheber der Verfehlung entziehen.

Wenn der Sohn z. B. seiner Stiefmutter, die ihm zu lange lebt, Gift in den Kaffee tut, so kann diese ihm nicht bloß von dem ausschließen, was sie eingebracht und erworben hat, sondern auch von der Erbschaft des Ehemanns. Sie entzieht ihm den Pflichtteil von beiden Nachlässen oder richtiger von dem einen Gesamtnachlaß.

---

[1]) Strohal hielt dies in den früheren Auflagen bei einer formlosen Zustimmung des andern Teiles für möglich. Dagegen erklärte sich Eck an dieser Stelle. Seine Ausführungen erledigen sich nunmehr dadurch, daß Strohal inzwischen die von Eck angefochtene Ansicht aufgegeben hat, Anm. 15 zu § 43a 3. Aufl. S. 334.

Endlich ist nach § 2271 Abs. 3 gegen einen pflichtteilsberechtigten Abkömmling die Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht auch nach Inkrafttreten des gemeinsamen Testamentes zulässig, wie sie sogar bei dem Erbvertrag durch den hier citierten § 2298 Abs. 2 gestattet ist.

Dagegen steht nach § 2272 die Zurücknahme eines in amtliche Verwahrung gebrachten Testaments niemals einem Gatten allein frei, sondern nur beiden zusammen, wie auch schon nach bisherigem preußischen Recht (A.L.R. I, 12 § 571).

Strohal[1]) hält nun diesen Widerruf für viel zu beschränkt. Bei Abwesenheit des andern Gatten sei namentlich der Widerruf sehr schwierig. Man kann ja aber eine Willenserklärung durch Vermittlung des Gerichtsvollziehers mitteilen, und wenn das nicht geht, durch öffentliche Ladung. Die Schwierigkeit ist gar nicht so groß. Wenn der andere in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, so kann man sich an seinen gesetzlichen Vertreter wenden.

Falls der überlebende Ehegatte versäumt hat, die wertlose Erbschaft des Erstverstorbenen auszuschlagen, so bleibt er allerdings an seine korrespektiven Verfügungen gebunden.

Für die Publikation des gemeinsamen Testamentes trifft § 2273 eine ohne weiteres einleuchtende Vorschrift.[2]) Es fehlt jedoch an einer solchen, die der Bestimmung im preußischen Rechte (II, 1 §§ 487, 488) entspricht, nach der ein Mittestator einseitig bloße Änderungen und Zusätze zum gemeinschaftlichen Testament machen, z. B. neue Vermächtnisse aussetzen darf, wenn die korrespektiven Bestimmungen des Urhebers diesen Änderungen nicht entgegenstehen. Doch wird auch jetzt nur die widersprechende Verfügung als Widerruf anzusehen sein, der aber den gesamten korrespektiven Inhalt des Testaments aufhebt, sofern er die giltige Form hat.

Wenn der überlebende Ehegatte wieder heiratet und nun Pflichtteilsberechtigte hinterläßt, so können — worüber das B.G.B. nichts bestimmt — die Pflichtteilsrechte solcher nachgeborenen Kinder oder des neuen Ehegatten durch das korrespektive Testament nicht geschmälert werden.

Zweifelhaft bleibt, ob der Pflichtteil dieser Kinder von dem Gesamtvermögen des überlebenden Gatten zu berechnen ist oder aus dessen

[1]) 3. Aufl. S. 333 § 43a Anm. 12.

[2]) Von der Eröffnung gemeinsamer Testamente handelt die Entsch. d. O.L.G. München vom 31. März 1900 (Entsch. in Ang. d. freiw. Gerichtsb. u. des Grundbuchrechts Bd. I S. 45).

Sondervermögen, das dann aus der Verschmelzung mit dem Nachlasse des Verstorbenen auszusondern wäre.

Im ersteren Falle würde der Dritte, der im gemeinschaftlichen Testament bedacht war, unter Umständen ganz außerordentlich geschädigt, und es bleibt ihm schließlich bloß die Hälfte von den Millionen des Erstverstorbenen, die auf dessen arme Witwe übergegangen sind, übrig, während die andere auf die Kinder übergeht, die die Überlebende in zweiter Ehe bekommen hat.[1]) Der § 2269 Abs. 1, der diese Einheit statuiert, sagt aber nur: „im Zweifel ist anzunehmen, daß der Dritte für den gesamten Nachlaß als Erbe des zuletzt verstorbenen Ehegatten eingesetzt sei". Also nur in Bezug auf den Dritten ist das ausgesprochen, aber nicht auch in Bezug auf andere Personen, wie die aus späterer Ehe erwachsenden pflichtteilsberechtigten Kinder. So wird man doch zu dem Schlusse kommen müssen, daß die Verschmelzung der beiden Nachlässe vom B.G.B. nicht unbedingt durchgeführt ist, sondern die Pflichtteilsrechte der nachgeborenen Kinder nach dem Sondervermögen des überlebenden Gatten ihres parens zu bestimmen sind. Freilich führt das zu der merkwürdigen Konsequenz, daß jemand zwei verschiedene Nachlässe hinterläßt; nämlich die Stiefmutter hinterläßt gegenüber dem Stiefsohn, der im gemeinsamen Testamente als Erbe des überlebenden Gatten genannt ist, als Nachlaß das Gesamtvermögen der beiden Gatten, und gegenüber ihren Kindern zweiter Ehe als Nachlaß ihr Sondervermögen.

Bei der Frage, ob die Kinder aus der zweiten Ehe der Witwe eo ipso auf den Pflichtteil beschränkt sind, müssen die Paragraphen aus der Anfechtungslehre nachhelfen. § 2079 gibt den im Testament übergangenen Pflichtteilserben, der dem Erblasser zur Zeit der Errichtung des Testaments unbekannt war oder nachher geboren wurde, ein Anfechtungsrecht. Daraus geht hervor, daß die Kinder aus der zweiten Ehe das gemeinsame Testament ihrer Mutter aus ihrer früheren Ehe anfechten können und sich auf diese Weise statt ihrer bloßen Pflichtteile ihre Intestatportion verschaffen dürfen. Für die Frage, ob nicht auch die Mutter ihrerseits das Testament anfechten könne, weil sie bei der Testamentserrichtung die Pflichtteilsberechtigten nicht gekannt hat, die später hinzugekommen sind, lassen sich direkte Argumente aus dem B.G.B. nicht entnehmen.[2])

[1]) Allerdings nur, insoweit nicht der Dritte als Kind erster Ehe bei der Berechnung des Pflichtteils die Pflichtteile der späteren Kinder schmälert.

[2]) Man wird das wohl im Zweifel zu verneinen haben. Die spätere Geburt von Kindern einer andern Ehe kann man wohl kaum als Gegenstand einer Erwar-

11. Erbvertrag.[1]) (§§ 2274—2302.)

§ 28.

a) Im allgemeinen.

Vor der Vollendung des B.G.B. erklärte sich gegen die Fortdauer der Erbeinsetzungsverträge Ubbelohde im Archiv für civilistische Praxis Bd. 75 S. 54 ff. (mit Ausnahme der Erbverträge über Bauerngüter und Rittergüter).

Es kann jedoch z. B. bei Verlobten und Ehegatten sehr wohl der eine Teil um des Erbvertrags willen eine Erwerbsstellung aufgeben müssen, z. B. die Frau als Sängerin, Schauspielerin 2c., um dafür eine Sicherung ihres Erbrechts auch über den Pflichtteil hinaus zu erlangen. Oder man denke an die sog. Verpfändungsverträge, die zwischen der Pflegeanstalt und dem Pflegling geschlossen werden, dahin, daß das Erbrecht auf den Nachlaß des Pfleglings der Anstalt zustehen soll. Weiter auch an die Einkindschaft, wodurch ein wiederheiratender Gatte, der aus erster Ehe Kinder hat, mit dem zweiten Gatten eine erbrechtliche Gleichstellung der Vorkinder und der Nachkinder vereinbart. Das alles sind Verträge, die im Rechtsleben tief eingebürgert sind, und es ist daher nur zu billigen, daß das B.G.B. das Institut beibehalten hat.

Der Begriff des Erbvertrags ist in ihm abweichend von der hergebrachten Theorie,[2]) auf den sog. aquisitiven Erbvertrag beschränkt. Dagegen ist der bisher sog. renunziative Erbvertrag unter dem Namen Erbverzicht selbständig behandelt. Andererseits kann aber Gegenstand des Erbvertrags nicht bloß die Beerbung des einen Vertragsteils sein, sondern auch Vermächtnisse und Auflagen, die der Erblasser errichtet (§ 2278). Aber andere Verfügungen als die genannten können vertragsmäßig nicht getroffen werden. Eine besondere Bezeichnung „Vermächtnisvertrag", wie sie in der gemeinrechtlichen Theorie vorkommt, ist vom B.G.B. nicht angewandt worden. Erbvertrag ist also eine Benennung a potiori, die den Vermächtnis- und, wenn man will, den Auflagevertrag mitbegreift.

Andere Verfügungen von Todes wegen können zwar nach § 2299 ebensogut wie im Testament auch im Erbvertrag ausgesprochen werden,

---

tung oder Nichterwartung bezeichnen, da die Frau bei dem Testamente im Zweifel an solche Fälle überhaupt nicht gedacht hat.

[1]) Schiffner, Der Erbvertrag nach B.G.B. Jena 1899. Anderweitige Literatur s. b. Strohal, 3. Aufl. § 44 S. 347.

[2]) Richtiger: Terminologie.

aber nicht als vertragsmäßige, sondern wie § 2299 sagt, als einseitige. Darum kann auch die Ernennung eines Testamentsvollstreckers nicht durch Erbvertrag bindend gemacht werden.

Beim Erbvertrag ist nun der eine Vertragsteil natürlich der Erblasser, der andere Vertragsteil kann aber nicht bloß der Bedachte, der Begünstigte sein, sondern jeder beliebige. Der Erbvertrag kann aber auch als Vertrag zu Gunsten Dritter geschlossen werden.[1] Ich kann mit meinem Bruder oder Vetter vereinbaren, daß mein Erbe der Sohn meines Bruders oder Vetters sein soll; vgl. § 1941 Abs. 2.

Gerade durch diese Möglichkeit soll z. B. die Einkindschaft ersetzt werden, die in manchen Gegenden Deutschlands sehr häufig ist.[2]

Natürlich kann der Erbvertrag auch Verfügungen beider Kontrahenten enthalten, die sich kreuzen, wie bei dem gemeinschaftlichen korrespektiven Testament. Dann liegt ein gegenseitiger Erbvertrag vor, wie § 2298 anerkennt. Beide Teile sind Erblasser, gerade wie bei dem gemeinschaftlichen Testament, und auch die Verfügungen, die von beiden Kontrahenten wechselseitig getroffen werden, sind korrespektiv (§ 2298).

Dagegen ist nach § 2302 nicht zulässig ein obligatorischer Vertrag, wodurch sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen bestimmten Inhalts zu errichten oder nicht zu errichten (pactum de non mutando testamento) oder nicht aufzuheben. Solche Verträge sollen nichtig sein.

Den Erbvertrag kann nach § 2274 und § 2275 der Erblasser nur persönlich schließen und auch nur, wenn er unbeschränkt geschäftsfähig ist, also namentlich nur als Volljähriger. Indessen ist als Ausnahme von dem Erfordernis der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit zugelassen, daß ein Ehegatte oder Verlobter, auch wenn er nur beschränkt geschäftsfähig ist, doch mit dem andern Gatten oder Verlobten als Erblasser einen Vertrag schließen kann. Nur muß er die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters haben, und wenn der gesetzliche Vertreter nicht Vater oder Mutter ist, sondern ein Vormund, auch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 2275).

Bedenklich ist, daß auch ein wegen Geistesschwäche, Trunksucht oder Verschwendung Entmündigter solche Erbverträge abschließen kann, sobald nur sein Vormund einwilligt und das Vormundschaftsgericht es genehmigt.[3]

[1] Vgl. hierüber Hellwig, die Verträge auf Leistung an Dritte 1899 S. 391 ff.
[2] Vgl. oben Bd. II S. 532.
[3] Vgl. Eichhorn S. 139 (Vorbereitungsheft).

Nach den Materialien hielt man bei solchen Personen die Möglichkeit eines Erbvertrags geradezu für eine Wohltat, indem ihnen damit die Aussicht eröffnet werde, einen geeigneten Erbvertrag einzugehen, in dem sie auf den richtigen Weg geführt werden. Ob das immer zutrifft? Wenn der Mann um ein geistesschwaches Mädchen anhält und dabei einen Erbvertrag mit ihr zu schließen wünscht, so ist es zweifelhaft, ob das für das Mädchen wirklich wünschenswert ist. Ein gewissenhafter Vormundschaftsrichter dürfte seine Zustimmung zu einem solchen Vertrage nicht leicht erteilen. Eine weitere Konsequenz ist die, daß wenn eine 18jährige Frau, als Erblasserin ohne Zustimmung ihres Vaters kontrahiert hat, zwar der Vertrag vorläufig in der Schwebe ist, aber wenn die Frau nachher nach Erreichung der Volljährigkeit als 21jährige Gattin formlos den Erbvertrag genehmigt, dieser Vertrag ex post facto wirksam werden kann (§ 108 Abs. 3).

Die Form des Erbvertrags wird durch § 2276 dahin bestimmt, daß der Vertrag vor Gericht oder Notar unter gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile und unter Beobachtung der Vorschriften über öffentliche Testamente geschlossen werden muß.

Der Erbvertrag kann daher auch als fertiges Schriftstück einem Richter oder Notar überreicht werden, wobei ja nicht einmal die Unterschrift des Kontrahenten im Schriftstücke erforderlich ist, sondern die Unterschrift, die er unter das Protokoll setzen muß, genügt. Dabei ist leicht eine Unterschiebung möglich, indem ein Schriftstück, das der Erblasser nicht bloß nicht geschrieben, sondern nicht einmal unterschrieben zu haben braucht, mit einem andern vertauscht wird und so der Erbvertrag zum Nachteile eines Teils zu stande kommt.[1])

Was für den der deutschen Sprache nicht mächtigen Testator vorgeschrieben ist, gilt hier für beide Vertragsteile (§§ 2244, 2245).

Für Ehegatten und Verlobte soll, wenn der Erbvertrag mit einem Ehevertrag verbunden ist, wenn sie also einen Doppelvertrag mit einander schließen, die für den Ehevertrag vorgeschriebene Form genügen (§§ 1434, 2276 Abs. 2). Die Verschärfungen, die bei Testamenten und Erbverträgen zur Errichtung vor dem Richter oder Notar hinzukommen, nämlich die Hinzuziehung eines Gerichtsschreibers oder eines zweiten Notars oder in Ermangelung von solchen zweier Zeugen fallen hier weg.

Die über den Erbvertrag aufgenommene Urkunde soll nach § 2277 zwar in der Regel ebenso wie ein öffentliches Testament verschlossen

[1]) Nicht anders als bei Testamenten (§ 2238)

und verwahrt werden, aber doch nur, sofern die Parteien nicht das Gegenteil verlangen. Mit andern Worten, die Parteien können auf Verschluß und auf besondere Verwahrung ihres Erbvertrags verzichten und sie können sich damit begnügen, bloß eine Ausfertigung des Erbvertrags für sich zu verlangen.

Hinzugefügt ist (§ 2277 Abs. 1 Satz 2), daß, wenn der Erbvertrag mit einem andern Vertrag in einer Urkunde verbunden war, Verschluß und Verwahrung sogar im Zweifel als nicht verlangt gelten, also überflüssig werden.

Die Verfügungen im Erbvertrage stehen mit denen des Testaments durchaus gleich, nur mit dem Unterschied, daß sie für den Erblasser bindend sind. Also unterliegen sie nach § 2279 auch den Regeln über letztwillige Zuwendungen. Insbesondere ist in Abs. 2 bestimmt, daß bei einem Vertrage zwischen Ehegatten und Verlobten die vertragsmäßigen Verfügungen nichtig sind, wenn die Ehe nichtig ist, wenn sie aufgelöst wird oder auch nur eine Scheidungsklage mit Grund erhoben wird, gerade wie es bei Testamenten zwischen Ehegatten der Fall ist. Wenn z. B. ein Einkindschaftsvertrag zwischen dem wiederheiratenden Gatten und seinem neuen Ehegatten geschlossen ist, und dann Nachkinder geboren werden, die aus dem Vertrag neben den Vorkindern gleiches Erbrecht haben, dann aber die Ehe geschieden wird, so verlieren die Vorkinder wegen Scheidung der Ehe ihres Vaters ihr Erbrecht gegenüber dem Stiefparens.

Hervorzuheben ist, daß nach § 2280 der Satz aus der Lehre vom gemeinschaftlichen Testament, wonach der Dritte nach dem Tode des längstlebenden Gatten den beiderseitigen Nachlaß oder ein Vermächtnis nur als Rechtsnachfolger des Längstlebenden erhält, auch beim Erbvertrag gelten soll.[1])

Sehr ins einzelne gehen die Bestimmungen über die Anfechtung des Erbvertrags (§§ 2281—2286). Anfechtungsberechtigt sind bei einem Testament die durch die anfechtbare Verfügung Benachteiligten; aber beim Erbvertrag ist zunächst der Erblasser anfechtungsberechtigt. Er bedarf dieses Anfechtungsrechtes um so mehr, als er kein Widerrufsrecht besitzt. Die Gründe für die Anfechtung sind dieselben wie beim Testament (§§ 2278, 2279).

Eine eigentümliche Abweichung fügt § 2281 Abs. 1 hinzu. Ist nämlich ein Pflichtteilsberechtigter übergangen worden, so ist zur Anfechtung für den Erblasser erforderlich, daß der Pflichtteilsberechtigte

[1]) Vgl. oben S. 176 ff.

zur Zeit der Anfechtung vorhanden ist. Das Wort „nur" vor „erforderlich" ist weggestrichen worden. Das scheint auffallend.[1]) Auf die Spitze getrieben, könnte man behaupten, daß noch niemand pflichtteilsberechtigt zu sein vermag, ehe nicht der Erbfall eingetreten ist. Allein über dieses Bedenken ist man mit Recht hinweggegangen. Denn wenn man die Anfechtung eines Erbvertrags durch den Erblasser aufschieben wollte bis zu seinem Tode, bei dem das Pflichtteilsrecht aktuell wird, dann könnte der Erblasser die Anfechtung niemals vornehmen, und doch hat er offenbar schon bei seinen Lebzeiten ein Interesse daran, die Unwirksamkeit des Erbvertrags zur Feststellung zu bringen und sich dadurch eine Grundlage für anderweitige letztwillige Verfügungen zu verschaffen.

Ist der Erbvertrag mit Erfolg angefochten, so bleibt er unwirksam, selbst wenn der Pflichtteilserbe ein paar Tage nach durchgeführter Anfechtung wieder verstirbt. Strohal[2]) tadelt dies. Er befürchtet die Ermunterung zu unlauterem Gebahren. Zweifelhaft bleibt, ob er dabei an die Erzeugung eines Kindes bloß zu dem Zwecke der Anfechtung des Erbvertrags oder an eine Kindesunterschiebung denkt oder dgl. m. Strohal hält es für einfacher, die Anfechtung nicht wirksam werden zu lassen, wenn der Pflichtteilsberechtigte vor dem Erblasser, seinem Vater, wieder verstirbt. Allein der dadurch erzeugte Schwebezustand wäre doch gewiß wenig empfehlenswert.

Die Anfechtung kann nach § 2282 nur durch den Erblasser persönlich erklärt werden, und für einen geschäftsunfähigen Erblasser durch den gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Die Anfechtungserklärung ist gerichtlich oder notariell zu beurkunden (§ 2282 Abs. 3). Hinzudenken muß man, daß die Anfechtungsurkunde wie jede Anfechtungserklärung dem Gegner, also hier dem Mitkontrahenten zuzustellen ist. Wenn aber der Mitkontrahent bereits verstorben ist, der Erbvertrag jedoch eine Verfügung zu Gunsten eines Dritten enthält, also fortbesteht, so hat der Erblasser dann nach § 2281 „Abs. 2" die Anfechtung dem Nachlaßgerichte des Verstorbenen zu erklären. Das Nachlaßgericht soll die Erklärung auch dem Dritten, zu Gunsten dessen der Erbvertrag geschlossen war, mitteilen.

Diese Form für die Anfechtung eines Erbvertrags findet Strohal[3]) zu schwer.

[1]) Darin liegt, m. E. daß wegen eines bloß erwarteten Pflichtteilserben, der noch nicht geboren ist, der Vertrag nicht angefochten werden kann. Zum Ausdrucke dieses Gedankens würde das gestrichene Wörtchen „nur" nicht passen.

[2]) Vgl. 3. Aufl. S. 362 § 45. Daselbst auch weitere Literatur.

[3]) Vgl. jetzt 3. Aufl. S. 363.

Die Schwierigkeit ist aber nicht unüberwindlich, selbst wenn wirklich den Mitkontrahenten die Anfechtungserklärung nicht mehr zugestellt werden konnte, weil er bereits verstorben war und dann eine zweite Anfechtungserklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte abgegeben werden muß. Im einzelnen ist bestimmt, daß die Frist für die Anfechtung ein Jahr beträgt, seitdem der Erblasser Kenntnis von dem Anfechtungsgrunde hat (§ 2283).

Nach § 2284 erlischt das Anfechtungsrecht, wie überhaupt ein Anfechtungsrecht, wenn der Beteiligte, hier der Erblasser, den Erbvertrag persönlich bestätigt und dabei geschäftsfähig ist. Es ist keine Form für diese Bestätigungserklärung erfordert (§ 144).

Andere Nachlaßbeteiligte können den Erbvertrag nur nach dem Tode des Erblassers anfechten, und auch nur dann, wenn der Erblasser das Anfechtungsrecht bis zu seinem Tode noch nicht verloren hatte (§ 2285).

Die Wirkung des Erbvertrags ist nach dem B.G.B. ebenso wie nach der richtigen Theorie des gemeinen Rechts und nach preußischem Recht kein Recht unter Lebenden für den im Erbvertrag Bedachten, sondern nur eine unentziehbare Erbanwartschaft, ein eventuelles Erbrecht und nicht mehr als dieses. Deshalb wird nach § 2286 der Erblasser durch den Erbvertrag in der Verfügung über sein Vermögen unter Lebenden gar nicht beschränkt. Nur zwei bescheidene Schranken[1]) sind diesem freien Verfügungsrecht des Erblassers gezogen:

a) Nach § 2287 kann der Vertragserbe eine Schenkung, die in der Absicht, ihn zu beeinträchtigen, vom Erblasser gemacht worden ist, nach Eintritt des Erbfalls von dem Beschenkten als ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern. Bei dieser Rückforderungsklage ist der Beweis dafür, daß der Erblasser die Schenkung in der Absicht gemacht habe, den Vertragserben zu beeinträchtigen, schwer zu erbringen. Auch gilt die Rückforderung nur bei Schenkungen, also nicht bei entgeltlichen Verfügungen, durch die doch auch, wie jedermann weiß, ein ganzer Nachlaß aufgezehrt werden kann.

Wenn der Erblasser z. B. sein ganzes Vermögen, über das er den Erbvertrag geschlossen hat, auf Leibrenten gibt, die mit seinem Tode erlöschen sind, so ist das keine Schenkung, sondern ein entgeltlicher Vertrag, und der Vertragserbe hat kein Recht, ihn umzustoßen.

[1]) Immerhin sind diese Schranken bedeutsam genug, um einen Unterschied in der praktischen Wirksamkeit des widerruflichen gegenseitigen Erbvertrages von der Kraft des wechselseitigen Testaments nach sich zu ziehen, vgl. oben S. 174 Anm. 1.

Vielleicht hilft hier § 826 mit seiner berühmten Vorschrift über Illoyalität. Dies kann zutreffen, auch wenn der Betreffende nichts rechtswidriges tut, sondern er nur sein Recht ausübt. Der Erbe kann nur die vorhandene Bereicherung des Beschenkten zurückfordern, und endlich verjährt die Rückforderungsklage in drei Jahren seit Anfall der Erbschaft, also nicht seit erlangter Kenntnis von der Schenkung.

b) Nach § 2288 hat der durch Vertrag bedachte Vermächtnisnehmer bei absichtlicher Beeinträchtigung seines Anspruches durch den Erblasser in Fällen der Zerstörung, Beiseiteschaffung oder Beschädigung des vermachten Gegenstandes einen Ersatzanspruch gegen den Erben, im Falle einer Veräußerung oder Belastung des Gegenstandes durch den Erblasser auf Zurückverschaffung des Gegenstandes frei von Lasten, und wenn die Zurückverschaffung nicht möglich ist auf Wertsersatz. Endlich wenn der Erblasser die Sache verschenkt hat, bekommt der Vertragsvermächtnisnehmer nötigenfalls auch gegen den dritten Beschenkten einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung. Darin liegt eine bemerkenswerte Ausnahme von dem Satze, daß, wenn der Erblasser eine Sache vermacht hat und sie bei seinem Tode sich nicht in seinem Nachlaß befindet, in der Regel der Vermächtnisnehmer nichts zu fordern hat.

Während diese Wirkungen erst mit dem Tode des Erblassers eintreten, so hat der Erbvertrag eine Wirkung auch schon unter Lebenden. Nach § 2289 hebt er eine frühere letztwillige Verfügung des Erblassers, soweit sie das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde, ohne weiteres auf (derogatorische Kraft).

Als Ausnahme ist hinzuzudenken (§ 2271), daß ein früher errichtetes korrespektives Testament des Erblassers nicht durch Erbvertrag des einen Mittestators „mit einem Dritten" aufgehoben werden kann, sondern nur durch einen Erbvertrag, den der eine Testator mit dem andern schließt.

Soweit eine Beeinträchtigung der Rechte des vertragsmäßig Bedachten eintreten würde, ist jede spätere Verfügung von Todes wegen, die hinter dem Erbvertrag errichtet wird, unwirksam.

Freilich muß diese annullierende Einwirkung des Erbvertrags auf anderweitige Verfügungen von Todes wegen in suspenso bleiben, so lange bis der Erbvertrag wirksam geworden ist, also nicht, wenn sie durch den Tod des Bedachten hinfällt.

Nach § 2289 Abs. 2 ist ausnahmsweise der Erblasser ohne Rücksicht auf seinen Erbvertrag zu einer Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht gegen den Pflichtteilsberechtigten befugt.

b) Wiederaufhebung und Rücktritt.

§ 29.

Statuiert ist eine Wiederaufhebung des Erbvertrags 1. durch einen neuen Vertrag, 2. ausnahmsweise auch schon durch Testament, 3. sogar durch einseitigen Rücktritt des Erblassers.

1. Der Hauptgrund, wodurch der ganze Erbvertrag aufgehoben werden kann oder auch eine einzelne Verfügung, die im Erbvertrag steht, ist der contrarius actus, d. h. ein neuer Vertrag, und zwar in derselben Form, in der der Erbvertrag selber geschlossen war oder geschlossen werden mußte, nach § 2290 also der gerichtlichen oder notariellen Form. Der Erblasser kann diesen Aufhebungsvertrag zwar wiederum nur persönlich schließen; aber auch schon als beschränkt Geschäftsfähiger ohne die Zustimmung eines gesetzlichen Vertreters. Das ist deswegen statuiert, weil er durch die Wiederaufhebung des ihn bindenden Erbvertrags nur einen Vorteil, nämlich seine volle Freiheit zurückgewinnt. Dagegen kann, wer die Nachlaßrechte aus dem Vertrage aufgibt, durch einen gesetzlichen Vertreter handeln; aber, wenn er nicht unbeschränkt geschäftsfähig ist, nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

Nach diesen Regeln ist per argumentum a contrario zu sagen, daß die Wiederaufhebung eines Erbvertrags durch einen neuen Vertrag in zwei Fällen nicht mehr möglich ist:

a) Wenn einer der beiden Kontrahenten gestorben ist (§ 2290 Abs. 1 Satz 2).

Wenn der Erblasser selbst gestorben ist, so versteht sich das ohne weiteres von selbst. Wenn aber der Mitkontrahent des Erblassers gestorben ist, so wird man unterscheiden müssen. War der Mitkontrahent selber bedacht, dann ist durch seinen früheren Tod sein Erbrecht aus dem Erbvertrage von selber erloschen. War aber ein Dritter in dem Erbvertrag bedacht und der Mitkontrahent des Erblassers ist gestorben, so kann der Dritte keinen Wiederaufhebungsvertrag mit dem Erblasser schließen, weil er nicht Mitkontrahent des Vertrags war. Indessen kann dieser Dritte das durch den Erbvertrag gesicherte Recht durch Erbverzichtsvertrag aufgeben (§ 2352).

b) Wenn und solange der Erblasser geschäftsunfähig ist, kann auch der Erbvertrag schlechterdings nicht durch einen neuen Vertrag wieder aufgehoben werden. Denn eine Vertretung des Erblassers ist ja bei einem Wiederaufhebungsvertrage ausgeschlossen. A. hat seinen Freund

X. vertragsmäßig zum Erben eingesetzt und wird dann geisteskrank. Nun hat er hilfsbedürftige Geschwister, die er aus seinem Vermögen unterstützt. Dann kann, obwohl X. völlig bereit ist, den Erbvertrag gegen eine mäßige Abfindung wieder aufzuheben, doch der Vertreter des A. mit dem X. den Aufhebungsvertrag nicht bindend vereinbaren, weil A. als Geisteskranker nicht persönlich mitwirken kann.

Man denkt hier zunächst daran, daß ein Erbverzichtsvertrag nachhelfen kann. Aber überraschender Weise ist dies ja auch nicht der Fall. Nach § 2352 Satz 2 gilt zwar die Möglichkeit eines Erbverzichts für eine Zuwendung, die in einem Erbvertrag einem Dritten gemacht ist. Ein Dritter, der als Vertragserbe eingesetzt ist, kann auf sein Recht, auch dem Vertreter des Erblassers gegenüber, verzichten (§ 2347 Abs. 2). Aber nach § 2352 kann nicht auch der Vertragserbe selber verzichten. Die Materialien[1]) geben als Grund an, daß der Vertragserbe das Ziel, die Wiederaufhebung seines Vertragsrechtes, dem geschäftsfähigen Erblasser gegenüber durch einen Wiederaufhebungsvertrag erreichen könne. Ein solcher Wiederaufhebungsvertrag sei aber gegenüber einem geschäftsunfähigen Erblasser nicht möglich, aber gerade darum dürfe hier auch der Erbverzicht nicht gestattet werden. Das ist eine sonderbare Konsequenz. Man möchte meinen, daß gerade umgekehrt dieser zweite Weg erst recht offen bleiben müsse.

Küntzel[2]) sagt gegenüber den Angriffen Strohals, daß es auf eine juristische Spitzfindigkeit hinausgelaufen sein würde, wenn man den Wiederaufhebungsvertrag verbieten und daneben den Erbverzicht hätte zulassen wollen. Noch viel weniger ist aber zu verstehen, was jetzt bei dieser Regelung herausgekommen ist, dies versteht nicht einmal ein Jurist, geschweige denn, wie Küntzel meint, das Publikum. Mindestens hätte man zulassen sollen, daß bei einem Wiederaufhebungsvertrage für den geschäftsunfähigen Erblasser ein gesetzlicher Vertreter zu handeln befugt ist.

Ein zweiter Aufhebungsgrund, der aber nicht für den gesamten Inhalt eines Erbvertrags anerkannt ist, sondern nur für ein Vermächtnis oder eine Auflage, ist ein Testament, das mit Zustimmung des andern Vertragschließenden von dem Erblasser errichtet ist (§ 2291). Aber diese Zustimmung muß gerichtlich oder notariell beurkundet sein. Das neue Testament kann natürlich auch privatschriftlich sein. Dann muß sonderbarerweise die Nebenerklärung der Haupturkunde, nämlich

[1]) Vgl. Fischer-Henle zu § 2352.

[2]) Gruchots Beiträge Bd. 41 S. 821, vgl. Strohal 3. Aufl. S. 395 Anm. 35.

die Zustimmung des früheren Vertragserben in gerichtlicher oder notarieller Form seinem Privatskriptum beigelegt werden. Das kommt davon, daß das holographische Testament nachträglich in den Text des Gesetzbuchs eingeschoben ist. Nicht mit Unrecht fragt Strohal,[1]) warum nach § 2291 ein neues Testament mit notarieller oder gerichtlicher Zustimmung des Vertragserben als Aufhebungsgrund für Vermächtnisse zugelassen ist, nicht aber auch für eine vertragsmäßige Erbeinsetzung. Küntzel erklärt dies aus der größeren Bedeutung der Erbeinsetzung. Das Vermächtnis eines großen Hauses in Berlin kann aber eine viel größere Bedeutung haben als eine Erbquote, die man jemandem im Erbvertrage zugesichert hat.

Bei einem Erbvertrag zwischen Ehegatten genügt nach § 2292 ein bloßes gemeinschaftliches Testament, um wiederaufhebende Kraft gegenüber dem Erbvertrag hervorzubringen, weil die beiden Kontrahenten des Erbvertrags dieselben sind, die gemeinschaftlich das neue Testament errichten.

3. Der dritte Aufhebungsgrund ist einseitiger Rücktritt (§§ 2293 bis 2297). Er ist möglich:

a) nach § 2293 kraft vertragsmäßigen Vorbehalts,[2])

b) nach § 2294 wegen einer Verfehlung des in dem Erbvertrag Bedachten, die den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt oder berechtigen würde, wenn der vertragsmäßig Bedachte ein Abkömmling von ihm wäre. Also auch ein nicht pflichtteilsberechtigter Vertragserbe muß sich, wenn er eine solche Verfehlung begeht, den Rücktritt des Erblassers vom Erbvertrag gefallen lassen.

Nach § 2295 gilt der Rücktritt auch wegen des Zusammenhangs, der zwischen den Verfügungen im Erbvertrag und einer geschäftlichen Verpflichtung des Bedachten zu wiederkehrenden Leistungen an den Erblasser für dessen Lebzeiten besteht, wenn diese Verpflichtung nachträglich aufgehoben ist. A. hat dem B. durch Erbvertrag ein Recht auf seinen Nachlaß zugesichert und B. dafür es übernommen, den A. zu alimentieren. Die Alimentationspflicht wird nachträglich aufgehoben, dann kann A. ohne weiteres von seinem Erbvertrag zurücktreten.

Der Rücktritt muß nach § 2296 vom Erblasser persönlich erfolgen und gegenüber dem andern Vertragsteil; erforderlich ist gerichtliche oder notarielle Beurkundung. Jedoch genügt nach § 2297 ausnahms-

[1]) 3. Aufl. § 46 Anm. 17 S. 389.

[2]) Eine Annäherung des Vertrags an ein Testament. Der Unterschied liegt dann bloß noch in den Verfügungsschranken, die dem Vertragserben gesetzt sind, sofern er nicht zurücktritt. Vgl. oben S. 188 Anm. 1.

weise auch ein Testament, wenn der Mitpaziscent bereits gestorben ist und ein Dritter bedacht ist. Auch diese Rücktrittsformen hält Strohal für zu schwer, vgl. dagegen oben S. 187, 188.

Wenn der Erbvertrag gegenseitige Zuwendungen der beiden Kontrahenten enthält, so werden diese Zuwendungen nach § 2298 als korrespektiv behandelt. Die praktische Konsequenz ist:

a) Nichtigkeit der einen unter den gegenseitigen (Verfügungen) Zuwendungen macht den ganzen Vertrag nichtig, und

b) wenn ein Rücktritt vorbehalten ist und ein Vertragsteil den Rücktritt erklärt, so ist der ganze Vertrag aufgehoben. Das folgt aus der inneren Bedingtheit der sich kreuzenden Verfügungen, die so beim Erbvertrag besteht wie beim Testament.

c) Umgekehrt aber geht auch durch den Tod des einen der beiden vertragschließenden Teile dem andern das Rücktrittsrecht verloren, ausgenommen, wenn er das ihm von dem Verstorbenen Zugewendete ausschlägt. Tut er dies, so kann er seine Verfügungen durch bloßes Testament aufheben.

Strohal[1]) bildet folgendes Beispiel: Die Ehegatten A. Mann) und B. (Frau) schließen einen Erbvertrag, laut dessen A. dieb (B. zur Erbin und deren Tochter erster Ehe zur Nacherbin einsetzt, un die B. ihm ein Vertragsvermächtnis von 30 000 M. zusichert, welches, sofern A. vor der B. sterben sollte, den drei Neffen des A. zu gleichen Teilen zukommen soll. A. stirbt zuerst. Die B. schlägt die ihr angefallene Erbschaft ihres Gatten aus mit der Absicht, den sofortigen Anfall der Erbschaft an ihre Tochter erster Ehe zu bewirken (§ 2102), und hebt, nachdem der Erwerb der letzteren nach ihrer Meinung definitiv geworden ist, ihre zu Gunsten der Neffen ihres verstorbenen Mannes getroffene Verfügung durch Testament auf. Hier kann aber die Auslegungsregel, daß der Nacherbe im Zweifel auch als Ersatzerbe bedacht ist, nicht zutreffen. Es ist unzweifelhaft, daß der Mann die Tochter seiner Frau aus erster Ehe nur dann als Nacherbin bedacht haben wollte, wenn seine überlebende Ehefrau ihr Testament nicht zurücknähme. Wenn sie aber die Zuwendung ihres Mannes ausschlägt, um die Erbschaft des Mannes in die Hände der Tochter zu bringen, so entspricht es nicht mehr dem vertragsmäßig ausgesprochenen Willen des Mannes, diese Tochter als Ersatzerbin eintreten zu lassen, sondern auch diese wird auszuschließen sein.[2]) (Anders Strohal.)

[1]) Vgl. 3. Aufl. § 47 S. 406.

[2]) D. h. doch wohl nur als Ersatzerbin, nicht aber auch als gesetzliche Erbin.

Die Eröffnung des Erbvertrags unterliegt denselben Regeln wie die Eröffnung des Testaments (§ 2300).[1])

§ 2301 regelt das Institut der Schenkungen von Todes wegen. Sie sind bekanntlich vertragsmäßige Zuwendungen, bedingt durch ein Überleben des Beschenkten über die Lebenszeit des Schenkers hinaus. Darum haben die Römer Zuwendungen von Todes wegen als eine Art Surrogat des Erbvertrags oder genauer Vermächtnisvertrags vielfach gehandhabt.[2])

Aber nachdem das B.G.B. den Erbvertrag mit Einschluß des Vermächtnisvertrags sorgsam entwickelt und in weitem Umfange zugelassen hat, ist mit vollem Recht das Institut der Schenkungen von Todes wegen als ein selbständiges nicht beibehalten worden, sondern das B.G.B. läßt zwei Möglichkeiten offen:

a) War es ein Schenkungsversprechen und noch nicht erfüllt, dann wird es als Verfügung von Todes wegen behandelt, also ist es ein Vermächtnisvertrag,[3]) der durch Überleben des Beschenkten bedingt war. Es unterliegt also allen Regeln über diesen, bedarf auch der Errichtung vor Gericht oder Notar.

b) Wenn der Erblasser die Schenkung bereits vollzogen hat, so geht das Geschäft in eine Schenkung unter Lebenden über. Dann ist durch Vollziehung der Formmangel geheilt und es greifen die Regeln über Schenkungen unter Lebenden Platz.[4])

---

[1]) Über Eröffnung von Erbverträgen vgl. die Entsch. des K.G. v. 9. Juli 1901 (Entsch. in Angel. d. freiw. Gerichtsbarkeit Bd. I. S. 97, und v. 11. Juli 1902 ebenda Bd. III, 157) und die Entsch des O.L.G. Kolmar v. 12. März 1902 (ebenda III, 69). Letztere betrifft dies Unterlassen einer zwecklosen Eröffnung.

[2]) Da die von Todes wegen Beschenkten den Gläubigern hafteten, aber nur mit dem Empfangenen (Dig. XXXIX, 6 fr. 17), so standen sie, falls die Schenkung aus den Erbschaftsaktiva bestand, einem beschränkt haftenden Erben im wesentlichen gleich.

[3]) Es unterscheidet sich von einem solchen freilich streng genommen dadurch, daß in ihm nicht ein Beschwerter genannt ist, sondern der jeweilige Erbe belastet wird. Da aber der letztere Erfolg im B.G.B. auch bei Vermächtnissen eintritt (§ 2161), so ist damit ein Hauptunterschied zwischen Vermächtnissen und Schenkungsversprechen von Todes wegen beseitigt.

[4]) Die Erbschaftsgläubiger haben gegen die Beschenkten nur die Rechte aus alienationes in fraudem creditorum. Diese nicht unbedenkliche Neuerung kann hier nicht näher besprochen werden.

12. Erbverzicht. (§§ 2346—2352.)

§ 30.

Den Römern fremd, in Deutschland mit den Erbverträgen anerkannt, ist, daß gesetzliche Erben durch Vertrag mit dem Erblasser auf ihr Erbrecht verzichten können, also Verwandte und Ehegatten (§ 2346). Auch Testamentserben oder mit einem Vermächtnis bedachte Personen (§ 2352) können auf die ihnen gemachte Zuwendung verzichten, ja es können sogar die durch Vertrag Bedachten, wenn sie nicht mitkontrahiert hatten, auf die ihnen vertragsmäßig gemachten Zuwendungen verzichten, also nur wenn sie Dritte sind, merkwürdiger Weise aber nicht, wenn sie Mitkontrahenten waren.[1])

Ein Erbberechtigter, der zugleich Pflichtteilsrechte hat, kann seinen Verzicht auch auf das Pflichtteilsrecht beschränken; falls der Erblasser von dieser Befreiung keinen Gebrauch macht und keine letztwillige Verfügung trifft, kann der Pflichtteilsberechtigte dann immer noch als Intestaterbe eintreten.

Wenn etwa Verlobte oder Eheleute sich gegenseitig auf den Todesfall den Nießbrauch ihres Vermögens zusichern, also einen Vermächtnisvertrag abschließen — und zugleich auf weiteres Erbrecht verzichten —, so ist ihre Abrede in dieser zweiten Hälfte ein Erbverzicht und zwar ein gegenseitiger.

Die Bedeutung des Verzichts ist nach dem B.G.B. dieselbe wie nach bisherigem Recht. Soweit als der Verzicht erklärt ist, scheidet der Verzichtende bei der Nachfolge von Todes wegen aus, er erhält gar nichts, er wird aus der Reihe der erbberechtigten Personen gestrichen, als wenn er nicht mehr lebte (§ 2346).

Der Verzichtende bedarf, wenn er nur beschränkt geschäftsfähig ist, der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters und auch des Vormundschaftsgerichts (§ 2347). Nur bei einem Ehegatten oder Verlobten, der unter elterlicher Gewalt steht, kann die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unterbleiben, und es genügt die Zustimmung des Elternteils, der die Gewalt hat.

Der Erblasser ist etwas freier gestellt als der Verzichtende. Er kann nach § 2347 Abs. 2 zwar nur persönlich den Verzicht entgegennehmen, aber auch ein beschränkt Geschäftsfähiger kann es ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, weil er eben dadurch nur von

[1]) Mitkontrahenten können denselben Erfolg erreichen, wenn sie den Vertrag ganz oder zum Teile aufheben.

einer Beschränkung frei wird. Auch ein Geschäftsunfähiger kann den Erbverzicht durch seinen Vertreter entgegennehmen, nur ist dann Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich.

Die Form des Erbverzichts ist nach § 2348 gerichtliche oder notarielle Beurkundung.[1]) Es ist nicht, wie bei dem Erbvertrage (§ 2276) Erklärung vor Gericht oder Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit der beiden Parteien nötig. Der Erbverzicht kann also ungleichzeitig sukzessiv von den Kontrahenten erklärt werden.

Der Verzicht eines Abkömmlings oder Seitenverwandten erstreckt sich auch auf seinen Abkömmling, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, bewirkt also ein Ausscheiden seines ganzen abgefundenen Stammes (z. B. im Falle der Auswanderung des Kindes).

In Preußen braucht der Enkel den Erbverzicht seines parens nur dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er seinen verstorbenen parens beerbt hat.[2]) Dagegen bekommt nach B.G.B., wenn ein parens eine gute Abfindung annimmt, das Empfangene aber vergeudet und darauf stirbt, sein Sohn beim Tode des Großvaters nichts, sondern muß sich die Ausstattung, die seinem parens zu teil geworden ist, anrechnen lassen, auch wenn sie nie auf ihn übergegangen ist, ein Opfer der Stammeseinheit.

Umgekehrt kann der Erbverzicht als bloß relativer erklärt werden, d. h. nur zu Gunsten einer bestimmten Person, also nur für den Fall, daß diese bestimmte Person auch wirklich Erbe wird (§ 2350), und solche Relativität des Erbverzichts wird sogar vermutet, wenn ein Abkömmling des Erblassers auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet hat, weil dies nur zu Gunsten anderer Abkömmlinge und zu Gunsten des Ehegatten gelten soll, nicht aber zu Gunsten von Aszendenten des Erblassers, von Seitenverwandten oder gar zu Gunsten des Fiskus.[3])

Ein Vertrag über Wiederaufhebung des Erbverzichts (§ 2351) bedarf derselben Form wie der Erbverzicht. Obwohl der Erblasser dadurch einen Erben zurückgewinnt und unter Umständen Pflichtteilsberechtigte wieder auf den Hals bekommt, bedarf nach § 2347, auf den in § 2351 zurückverwiesen wird, der in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkte Erblasser zur Entgegennahme eines Erbverzichts, also auch

[1]) Ein Erbverzichtvertrag ist auch in der Form eines gerichtlichen Vergleichs möglich. Entsch. Bd. 48 Nr. 41 S. 185.

[2]) A.L.R. II, 2 §§ 357, 358.

[3]) Auch hier wird der sog. ordo mortalitalis berücksichtigt (vgl. Dig. V, 2 fr. 15 pr.).

seiner Wiederaufhebung, nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

Ein Bauer hat seinen zweiten Sohn zu einem Erbverzicht bestimmt, nachdem er ihn vorher reichlich abgefunden hatte. Später wird der Bauer geistesschwach und entmündigt, also beschränkt geschäftsfähig. Nun verlangt der Sohn, der die Abfindung vielleicht bereits durchgebracht hat, von dem Vertreter Wiederaufhebung des Erbverzichts. Der Vormund des Vaters widerspricht und will nicht nachgeben. Dann kann nach § 2351 der geistesschwache Vater die Aufhebung ohne Zustimmung seines Vormunds vornehmen.

Die Erklärung hierfür kann nur damit gegeben werden, daß diese Bestimmung aus einem Versehen, das die Reichstagskommission begangen hat, herrührt. In der Reichstagsvorlage hatte die Verweisung von § 2351 auf § 2347 Abs. 2 einen sehr guten Sinn, weil nämlich damals der in Bezug genommene § 2347 Abs. 2 auch beim Erbverzicht die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters für einen beschränkt Geschäftsfähigen verlangte. Aber die Reichstagskommission hat das bei § 2347 Abs. 2 geändert und dabei ganz übersehen, daß nun auch § 2351 hätte geändert werden müssen. Man war sich, prozessualisch zu reden, bei dem referens über den neuen Inhalt des relatum nicht klar.

Aber: lex ita scripta est.[1])

Kapitel IV. Erbunwürdigkeit.

Gründe und Wirkungen der Erbunwürdigkeit. (§§ 2339—2345.)

§ 31.

Bähr[2]) erklärt diese Lehre für praktisch ganz unbedeutend, aber mit Unrecht. Dagegen sprechen einige causes célèbres. Der Hauseigentümer Majunke in Charlottenburg verstarb plötzlich, seine Witwe nebst vier Söhnen teilten sich als Erben in den väterlichen Nachlaß. Das Grundstück des Verstorbenen wurde auch auf den Namen dieser Erben umgeschrieben. Dann entstand der Verdacht, daß Majunke eines unnatürlichen Todes gestorben sei. Die Witwe und die beiden ältesten Söhne wurden zur Untersuchung gezogen, und der Fiskus ließ schleunigst wegen der Kosten des Prozesses eine Hypothek auf die drei Grund-

[1]) M. E. muß man in der Wiederaufhebung einen Verzicht des Erblassers auf den früheren Verzicht des Erben sehen. Dabei ist letzterer der Erklärungsempfänger, dessen Geistesschwäche unerheblich ist.

[2]) Gegenentwurf Heft 5. 1892. S. 393.

stücksteile der Angeklagten eintragen. Diese wurden in der Tat verurteilt. Nun erhob der dritte und vierte Sohn eine Erbunwürdigkeitsklage gegen die Mutter und die älteren Brüder, sodaß die Frage äußerst praktisch wurde, ob der Fiskus mit seiner Hypothek, die er erworben hatte, als noch die Mutter und die beiden älteren Söhne Miteigentümer waren, zurücktreten müsse gegenüber der Unwürdigkeitsklage der jüngeren Geschwister, oder ob er die Grundstücksanteile der Verurteilten mit der darauf ruhenden Hypothek übernehmen müsse.

Der Engländer Tourville hatte seine Gattin von der Höhe des Stilffer-Joches hinabgestoßen und ihre englischen Grundstücke geerbt. Obwohl das englische Recht keine Vorschrift über Indignität enthält, hat das englische Gericht trotzdem angenommen, es liege in der Natur der Sache, daß jemand, der den Tod des Erblassers herbeigeführt habe, die Erbschaft herausgeben müsse.

Ein reicher Baseler Bankier wurde von seiner Gattin, einer jungen Französin, mit der er in Gütergemeinschaft lebte, vergiftet. Sie erwarb hierdurch nicht als Erbin das gesamte Vermögen, sondern kraft ihrer Gütergemeinschaft. Fraglich war, ob sich die Indignität auch auf diesen Fall erstrecken konnte.

Die Erbunwürdigkeit des B.G.B. entspricht der römischen Indignität, die in das preußische Recht übernommen wurde. Charakteristisch ist ihr, daß sie nur ein relatives Verhältnis ist, nämlich immer nur gegenüber dem bestimmten Erblasser, wider welchen der Erbunwürdige sich vergangen hat, besteht.

Folge der Erbunwürdigkeit ist nicht Erbunfähigkeit, denn der Unwürdige wird Erbe, sondern nur Entziehbarkeit der Erbschaft durch einen andern Berechtigten, auferre oder eripere hereditatem.

Die Wirkungen sind auch im römischen Recht bestritten. Das B.G.B. gestaltet diese Entziehung als Anfechtung und die Entziehbarkeit als Anfechtbarkeit des Erbschaftserwerbs. Folglich kann diese Erbunwürdigkeit nicht von Amts wegen geltend gemacht werden. Z. B. kann das Gericht dem erbunwürdigen Erben nicht die Ausstellung des Erbscheins verweigern; denn er ist ja Erbe geworden. Weiter kann auch der Erbunwürdige selber z. B. nicht als solcher seine Schuldenhaftung ablehnen. Nur von anfechtungsberechtigten Personen kann die Unwürdigkeit geltend gemacht werden; „doch können dritte Personen, welche in Kenntnis der Anfechtbarkeit von dem Unwürdigen Rechte erwerben, sich nach § 142 Abs. 2 nicht auf guten Glauben berufen".[1])

[1]) Vorbereitungsheft.

Die Anfechtbarkeit bezieht sich hier nicht wie sonst immer auf ein Rechtsgeschäft, sondern auf einen Erwerb, der durch Gesetz eintritt, auf den Erbschaftserwerb.[1])

Die Wirkung der Anfechtbarkeit ist aber trotzdem dieselbe, wie wenn ein Geschäft angefochten wird, nämlich die Annullierung des Erwerbs mit rückwirkender Kraft, sodaß nach Durchführung der Anfechtung es so gehalten wird, als wäre der Unwürdige niemals Erbe gewesen.

Die Anfechtung des Erbschaftserwerbs wegen Unwürdigkeit ist sowohl bei testamentarischer Beerbung als auch bei gesetzlicher und vertragsmäßiger statthaft. Das Pr. A.L.R. erwähnt sie merkwürdigerweise bloß bei testamentarischer Beerbung,[2]) was im Fall Majunke, da gesetzliche Erbfolge vorlag, hervorgekehrt worden ist.

Ein wesentlicher Unterschied vom bisherigen Rechte besteht darin, daß die römische und auch gemeinrechtliche Indignität den Charakter einer Strafe hatte. Darum war bekanntlich bei den Römern regelmäßig der Fiskus ereptionsberechtigt. Also war die Exception eine Art Erbschaftskonfiskation. Darum konnte sie auch durch Verzeihung des Erblassers nicht beseitigt werden, was das französische Recht z. B. festgehalten hat. Im B.G.B. ist dagegen dieser Strafcharakter ganz aufgehoben; hierbei gründet die Erbunwürdigkeit nur eine Zurücksetzung des Unwürdigen zu Gunsten seines Nachmannes.[3]) Sie kann aber namentlich durch Verzeihung des Erblassers beseitigt (§ 2343), ja sie kann durch andere, rein zufällige Umstände wieder aufgehoben werden, was mit dem Strafcharakter nicht vereinbar wäre.[4])

Die Gründe für Erbunwürdigkeit sind nach § 2339 folgende: Nr. 1 betrifft den praktisch wichtigsten Fall: ein Vergehen gegen die Person des Erblassers. Das schöne altdeutsche Sprichwort: „Die blutige Hand nimmt kein Erbe" wird hier zur Wahrheit. Wer die Hand mit dem Blute des Erblassers besudelt hat, soll sie nicht auf dessen Nachlaß ausstrecken. Dieser Grund fällt natürlich zum Teil zusammen mit einem Hauptenterbungsgrunde (§ 2333), ist aber neben diesem immer noch wichtig dann, wenn der Erblasser nicht mehr in der Lage war, ein Testament zu errichten, weil sein Tod so schnell herbeigeführt wurde oder die Todesursache so unerklärlich war, daß

[1]) Vgl. des Herausgebers allgemeinen Teil S. 445.

[2]) A.L.R. I, 12 §§ 605 ff.

[3]) Eine gewisse bestrafende Kraft vermag ihr freilich der Gesetzgeber nicht abzustreifen, selbst wenn er es will.

[4]) M. E. nicht unzweifelhaft. Es gibt Strafausschließungsgründe.

er zu einer Ausübung seines Enterbungsrechts nicht schreiten konnte. Hier muß die Erbunwürdigkeit ergänzend zur Enterbungsbefugnis hinzutreten.

Nr. 2 und Nr. 3 enthalten die Vergehen gegen die Testierfreiheit des Erblassers, die Erbunwürdigkeit zur Folge haben, arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung zu dem Zwecke, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder aufzuheben.

Nr. 4 betrifft den Fall, daß jemand in Ansehung einer letztwilligen Verfügung des Erblassers Handlungen gegen die §§ 267—274 des Strafgesetzbuches begangen hat. Namentlich Fälschung der Testamentsurkunde, Unterdrückung derselben u. dgl. m. Es wird dies bei holographischen Testamenten von besonders großer Tragweite sein.

Bei diesen Nummern 2, 3 und 4 tritt wieder deutlich hervor, was schon vorher angedeutet wurde, daß sie nicht auf dem Grundgedanken einer Strafe für ein Vergehen beruhen, sondern auf der von dem Unwürdigen herbeigeführten Verdunklung des wahren Willens des Erblassers.[1]) Das zeigt sich namentlich in der Bestimmung der Nr. 2. Wenn der Erblasser z. B. nur zwei Verwandte hat, einen Bruder und einen Vetter, mit Übergehung seines Bruders seinen Vetter in einem gerichtlichen Testament zum Erben ernannt hat und dies Testament widerrufen will, aber der Vetter ihn daran eigenmächtig und widerrechtlich hindert, dann der Erblasser doch noch einen Widerruf durch ein holographisches Testament zu stande bringt, durch welches er das gerichtliche, in dem sein Vetter eingesetzt ist, außer Kraft setzt, wenn dann endlich kurz vor dem Erblasser auch sein Bruder stirbt, so bekommt der Vetter die Erbschaft; denn er hat den Erblasser nicht mit Erfolg dauernd verhindert, eine Verfügung von Todes wegen aufzuheben. Der Erblasser ist ja dazu gelangt. Also liegt jene Verdunklung der letzten Willenserklärung des Erblassers nicht vor und darum findet Nr. 2 keine Anwendung.

Nach Abs. 2 tritt in den Fällen unter Nr. 3 und Nr. 4 die Unwürdigkeit nicht ein, wenn die Verfügung, welche rechtswidrig durch Täuschung hervorgerufen, gefälscht oder unterdrückt wurde, vor dem Erbfall wieder unwirksam gemacht worden ist, z. B. durch Ableben des Bedachten, Wiederaufhebung durch Erblasser. Der Bruder des Erb-

[1]) Dies sind m. E. keine logischen Gegensätze. Richtig ist nur, daß der Zweck, Antastungen der Willensfreiheit des Testators erfolglos zu machen, vom Strafzwecke verschieden ist, d. h. neben ihm steht, und daß das B.G.B. Strafzwecke mit dem Mittel der Erbunwürdigkeit nur so weit verfolgt, als die genannten beiden Zwecke nebeneinander vorliegen.

lassers fertigt z. B. ein Testament desselben fälschlich an, laut dessen zwar nicht der Fälscher selber, aber doch seine Tochter, also des Erblassers Nichte, zur Alleinerbin eingesetzt ist. Dann aber stirbt diese Tochter noch vor dem Erblasser und das Testament, worin sie eingesetzt war, wird unwirksam.

Hier kann der Urheber der Fälschung, der Bruder des Erblassers, Intestaterbe desselben werden; denn die gefälschte Verfügung war noch vor dem Tode des Erblassers wieder unwirksam geworden. Auch hier kann man sich eines gewissen Befremdens nicht erwehren. Aber folgerichtig ist es gedacht.

Die Anfechtung des Erbschaftserwerbs wegen Unwürdigkeit ist nach § 2340 erst nach dem Anfall der Erbschaft möglich und nur gegenüber einem Nacherben ist sie schon dann zulässig, wenn die Erbschaft dem Vorerben angefallen ist.

Die Frist, in der die Anfechtung erfolgen muß, beträgt bei der Anfechtung eines Testaments ein Jahr seit erlangter Kenntnis von dem Unwürdigkeitsgrunde (§ 2340). Jede Erbunwürdigkeit fällt durch die Verzeihung des Erblassers weg. Dies gilt auch bei Tötung des Erblassers, was im französischen Recht ja direkt verneint wird.[1]) Der Mörder des Erblassers kann also ins Zuchthaus kommen oder gar der Todesstrafe verfallen und doch als Erbe Millionär werden, wenn der Erblasser ihm die Tat verziehen hat. Umsomehr ist aber die Erbunwürdigkeit ausgeschlossen, wenn der Erblasser gerade mit Rücksicht auf die ihm widerfahrene Verletzung eine Zuwendung gemacht hat. Der bekannte Caspar Lavater in Zürich wurde im Jahre 1800, als die Franzosen unter Massena in Zürich eindrangen, von einem französischen Soldaten, der Geld von ihm verlangte und nichts bekam, in die Brust geschossen. Infolge dieses Schusses verstarb er. Vorher aber machte er ein Testament, worin er sagte: dem französischen Soldaten, der mich tödlich verwundet hat, verzeihe ich von ganzem Herzen, und zum Zeichen der Aufrichtigkeit meiner Verzeihung soll er das größte Wertobjekt, das ich besitze, meine goldene Uhr, als Andenken an mich tragen. Vom Standpunkt des B.G.B. ist diese Verfügung wirksam, nach dem französischen und gemeinen Recht würde sie unwirksam sein.

Ein Großgrundbesitzer wollte auf seinem Sterbebett zu Gunsten seiner Maitresse ein Testament errichten und hatte zu diesem Zwecke

[1]) So die bei Crome-Zachariae, Handbuch d. franz. Civilr. 1895 IV. § 604 Anm. 3 S. 20 angeführten Art. 730 ff. code civil sagen dies nicht geradezu.

einen Notar bestellt. Der Sohn erfuhr dies und erklärte seinem Vater, er lasse den Notar nicht ein. Die Person, die er einsetzen wolle, habe schon zu viel Schande über ihre Familie gebracht. Unter keinen Umständen werde er es zu ihrer Erbeinsetzung kommen lassen, wenn er sich auch damit erbunwürdig mache. Der Vater ist anfangs erzürnt, dann aber besinnt er sich eines bessern, gibt dem Sohn recht und dankt ihm. Kann der Sohn als Intestaterbe eintreten oder nicht? Nach römischem und französischem Recht nicht; denn die Erbunwürdigkeit kann nicht durch Verzeihung beseitigt werden, wohl aber nach dem B.G.B.[1])

Berechtigt zur Anfechtung ist nicht bloß, wie im bisherigen Recht, der unmittelbare Nachmann des Unwürdigen, „damit die Anfechtung nicht in dessen Belieben steht", sondern, wie § 2341 zweckmäßig und neu bestimmt, jeder, dem der Wegfall des Unwürdigen auch nur eventuell, also auch nur bei Wegfall einer Zwischenperson zu statten kommt. Dadurch wird erreicht, daß, wenn der erste Nachmann schweigt, vielleicht, weil ihm der Erbunwürdige sein Anfechtungsrecht abgekauft hat, oder selbst unwürdig ist, doch die Anfechtung durch einen späteren Anwärter erfolgen kann.

Die Form der Anfechtung ist hier nicht wie sonst eine bloße Erklärung des Berechtigten, sondern nach § 2342 eine Klage mit dem Antrag, daß der Beklagte für erbunwürdig erklärt werde; und erst mit der Rechtskraft des richterlichen Urteils wird die Anfechtung wirksam. (Darum spricht das B.G.B. immer von „unwürdig erklärt werden".) Eine sehr erheblich praktische Konsequenz dürfte z. B. sein, daß die Erbunwürdigkeit nicht schon bei außergerichtlichem Geständnis eintritt.

Ob diese Regelung nötig war, bleibe dahingestellt.

Die Wirkung der Anfechtung (§ 2344) ist, daß der Anfall an den Erbunwürdigen rückwärts aufgelöst wird und die Erbschaft als schon mit dem Tode des Erblassers demjenigen angefallen gilt, der berufen gewesen sein würde, wenn der Erbunwürdige den Erbfall gar nicht erlebt hätte, wie bei dem Ausschlagen der Erbschaft. Selbst wenn derjenige, der beim Nichtvorhandensein der Erbunwürdigen von vornherein berufen gewesen wäre, inzwischen verstorben ist, so kommt doch ihm, oder richtiger seinem Erben, die inzwischen eingetretene Unwürdigkeitserklärung zugute.

Wenn in der Zwischenzeit, noch vor der Anfechtung, dritte Personen dem unwürdigen Erben gegenüber Rechte an Erbschaftssachen

[1]) Man könnte zweifeln, ob hier nicht mehr als eine Verzeihung vorliege, nämlich die völlige Beseitigung eines jeden Zwangs.

erworben haben, so bleiben diese Rechte Dritter, auch nach Entziehung der Erbschaft, wegen Unwürdigkeit nicht bestehen. Nach dem B.G.B. können dem dritten Erwerber nur die Regeln zugute kommen, die über den Schutz derer gelten, die von einem Nichtberechtigten Rechte herleiten. Ein ähnliches Resultat erreichte man auch in Preußen, wonach den Regeln des jus ad rem auch in dem Falle Majunke entschieden worden ist, weil der Fiskus von den persönlichen Rechten Dritter Kenntnis hatte. Obwohl das B.G.B. das jus ad rem als solches nicht kennt, kommt es vermöge der Regeln, die über den Schutz redlicher Dritter gelten, in vielen Fällen zu dem gleichen Resultat wie das preußische Recht.

Endlich tritt nach § 2345 Erbunwürdigkeit analog wie bei dem Erben auch bei dem Vermächtnisnehmer und bei dem Pflichtteilsberechtigten ein, nur mit dem Unterschiede, daß bei diesen die Anfechtung nicht durch Klage und richterliches Urteil, sondern gegenüber dem Nachlaßgerichte nach den Regeln über Anfechtung von letztwilligen Verfügungen auf Grund von Willensmängeln erfolgt.

Im Anschluß an den Baseler Fall ist die Erbunwürdigkeit auch gegenüber einem Ehegatten analog anzuwenden, der mit dem Verstorbenen in Gütergemeinschaft gelebt hat und ihn etwa ums Leben bringt, weil er das Surrogat eines Erbteils bekommt. So auch das Baseler Gericht.

Kapitel V. Pflichtteilsrecht.[2]

1. Allgemeine Grundsätze. (§§ 2303—2338.)[3]

§ 32.

Im allgemeinen steht das B.G.B. den Regeln des preußischen Rechts näher als denen des gemeinen Rechts. Indessen ist doch in manchen Fällen das Pflichtteilsrecht gestrichen, wo das preußische Recht es anerkennt und umgekehrt. Außerdem ist die Lehre vom Pflichtteil im B.G.B. viel mehr ins einzelne hinein normiert als bisher in irgend

[1]) Literatur bei Matthiaß, Lehre d. B.R. II S. 496 Anm. 1 zu § 156, Strohal 3. Aufl. S. 415 ff., Landsberg II S. 1238 ff.

[2]) Die Pflichtteilsverhältnisse gehören zu den Erbrechtsverhältnissen des Art. 213 E.G. Entsch. d. R.G. Bd. 54 Nr. 67 S. 243.

einem Gesetzbuche. Auch die Lehre von der Abwälzung der Pflichtteilslast auf einen andern, wie sie Strohal betitelt[1]) hat, nimmt einen breiten Raum ein.

Nach § 2303 sind pflichtteilsberechtigt die Abkömmlinge des Erblassers, weiter sein Vater und seine Mutter, nicht auch die entfernteren Voreltern, Großeltern usw. (eine Abweichung vom bisherigen Recht). Ferner auch der überlebende Gatte.

Wenn eine dieser Personen durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen ist, so geht ihr Anspruch auf die Hälfte des Geldwerts ihres gesetzlichen Erbteils, und zwar gegen den Erben. Seiner juristischen Natur nach ist also das Pflichtteilsrecht eine reine Forderung, nicht aber ein Erbrecht. Dafür, dem Pflichtteilsberechtigten ein Miterbrecht zu geben, sind z. B. der Berliner Rechtsanwalt Wilke, Otto Bähr u. a. erfolglos eingetreten. Wenn der Erblasser daher seine Maitresse als Erbin einsetzt, dann hat sein einziger Sohn keinen Anteil an der Erbschaft und muß sich mit einer Geldsumme abfinden lassen.

Da das B.G.B. gleich an die Spitze des Erbrechts das gesetzliche Erbrecht stellt, dies also als Regel auffaßt und das Testamentserbrecht als Ausnahme, so müßte es eigentlich dahin gelangen, in den Fällen, in denen die Regel aufrecht erhalten wird, d. h. beim Pflichtteilsrecht, ein Erbrecht des Berechtigten anzuerkennen.[2])

Das Pflichtteilsrecht wurde bekanntlich auch in der preußischen Praxis als eine bloße Forderung behandelt, obwohl das A.L.R. Zweifel übrig ließ. Diese Auffassung wird im § 2304 merkwürdig weit dahin zugespitzt, daß die Zuwendung des Pflichtteils im Zweifel nicht als Erbeinsetzung gilt. Wenn der Erblasser sagt: Mein einziger Sohn soll den Pflichtteil haben, alles andre mein Freund X., so sind diese Wendungen, die für beide gleich lauten, doch juristisch von ganz verschiedenem Inhalte, für den Sohn gewähren sie nur eine Forderung, für den Freund dagegen Erbeinsetzung (§ 2304).

Wenn aber der Erblasser den Pflichtteilsberechtigten auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteils oder noch einen höheren Bruchteil zum Erben einsetzt, ihn also geradezu als Erben bezeichnet, so kann der Pflichtteilsberechtigte sein Erbteil nicht etwa ausschlagen und dessen Wert in Geld als Gläubiger verlangen (etwa um sich der Erbauseinandersetzung

[1]) 3. Aufl. S. 458.

[2]) Eck scheint also mit Recht hier eine Erhöhung der Testierfreiheit auf Kosten des Familienzusammenhanges anzunehmen.

mit den anderen Erben zu entziehen). Also hat es der Erblasser in der Hand, ob er den Pflichtteilsberechtigten zum Miterben oder bloß zum Gläubiger machen will. „Daß die Entstehung des Pflichtteilsanspruchs nach § 2317 mit dem Erbfall eintritt ist nicht immer richtig; denn sie kann auch durch den Wegfall eines Vordermannes bedingt sein (s. unten). Doch gilt der Anspruch, wenn er entstanden ist, als schon mit dem Erbfalle entstanden".[1])

Des Näheren ist zu beachten:

1. Sehr genau geregelt sind (§§ 2305—2308) die Fälle, wo dem Pflichtteilsberechtigten zwar etwas hinterlassen ist, aber doch sein Pflichtteil durch Belastung verkürzt, der Berechtigte also teilweise, partiell verletzt wird.

a) § 2305 behandelt den Fall, wo der dem Pflichtteilsberechtigten hinterlassene Erbteil geringer ist als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils. Dann geht der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf den Wert des an der vollen Hälfte seiner gesetzlichen Erbportion fehlenden Teils, z. B. wenn das einzige Kind statt auf ein Halb, nur auf ein Viertel berufen ist. Man erkennt sofort die römische, von Justinian gegebene actio suppletoria oder Ergänzungsklage.

b) Wenn dem Pflichtteilsberechtigten zwar ein Erbteil hinterlassen ist, aber er durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschränkt wird oder durch Einsetzung eines Nacherben, durch ein ihm auferlegtes Vermächtnis oder durch eine Auflage u. dgl. beschwert, während der hinterlassene Erbteil nur die Hälfte des gesetzlichen, also mit andern Worten den Pflichtteil oder gar noch weniger beträgt, so gilt die Beschwerung als nicht angeordnet, also wird in Höhe des Pflichtteils das Erbteil von der Last frei, und auf den Überrest ist eine Ergänzungsklage gegeben (§ 2306).

Beträgt dagegen der hinterlassene Erbteil mehr als die Hälfte des gesetzlichen, so kann der Pflichtteilsberechtigte nicht wie im bisherigen Recht zunächst den Pflichtteil frei verlangen und dann noch den ihm zugewendeten Überschuß mit der auf ihm lastenden Beschwerung, sondern er kann nach dem B.G.B. nur entweder den Erbteil mit der Beschwerung nehmen oder unter Ausschlagung des Erbteils den Pflichtteil verlangen. Die allbekannte cautela Socini des gemeinen und des preußischen Rechts, wonach der Erblasser sagt: „Ficht das von mir bedachte Kind das Testament an, so soll es auf den Pflichtteil gesetzt sein" ist nun zur gesetzlichen Regel erhoben, sie gilt von

[1]) „Vorbereitungsheft".

Rechts wegen. Der Erblasser hat die erwähnte Hinzufügung nicht mehr nötig.

Die Ausschlagungsfrist beginnt erst mit Kenntnis des Erben von der ihm auferlegten Beschwerung zu laufen.

Dasselbe Wahlrecht gilt, wenn der Pflichtteilsberechtigte nur als Nacherbe eingesetzt ist. Also in dem Fall des sog. Berliner Testaments, in dem der verstorbene Ehegatte den überlebenden zum Erben eingesetzt hat und erst nach dessen Tode der gemeinsam erzeugte Sohn den beiderseitigen Nachlaß erhalten soll, muß der Sohn einfach wählen, ob er nach dem Tode des Vaters sofort den Pflichtteil nehmen und auf alles weitere verzichten, oder ob er sich die Verkürzung des Pflichtteils gefallen lassen will, um nach dem Tode der überlebenden Mutter den gesamten Nachlaß in Empfang zu nehmen.

c) Nach § 3207 kann, wenn dem Pflichtteilsberechtigten ein Vermächtnis hinterlassen ist, gleichviel, ob es den Pflichtteil deckt oder nicht, der Berechtigte ebenfalls wählen. Schlägt er das Vermächtnis aus, so kann er einfach seinen Pflichtteil fordern. Die Vermächtnisforderung muß hinter dem Pflichtteilsanspruch zurückstehen; selbst wenn das Vermächtnis eben so viel oder mehr beträgt wie der Pflichtteil, so ist doch der Pflichtteilsanspruch stärker.

Schlägt der Berechtigte das Vermächtnis nicht aus, so kann er den Pflichtteil insoweit nicht fordern, als der Wert des Vermächtnisses reicht, wobei nun die auf dem Vermächtnis ruhenden Beschränkungen außer Betracht bleiben. Also auch hier muß sich der Pflichtteilsberechtigte entscheiden, ob er die Zuwendung des Erblassers gelten lassen will. Um nun Klarheit in die Situation zu bringen, kann der beschwerte Erbe von dem Pflichtteilsberechtigten verlangen, daß er sich in angemessener Frist erkläre. Wenn er das nicht tut, gilt das Vermächtnis als ausgeschlagen (§ 2307 Abs. 2).

§ 2308 trifft Bestimmungen darüber, daß die erklärte Ausschlagung unter gewissen Voraussetzungen wiederum angefochten werden kann.

Der Natur des Pflichtteilsanspruchs entspricht durchaus, daß er als reines Forderungsrecht vererblich und übertragbar ist; er kann cediert, gepfändet werden u. dgl. m. (§ 2317).[1]) Andererseits ist es ihm eigentümlich, daß er einer kurzen Verjährung von drei Jahren unterliegt von Kenntnis des Erbfalles und des Testaments (§ 2332 Abs. 1), ohne Kenntnis sind 30 Jahre Frist.

[1]) M. E. erklärt sich dies durch die bloße juristische Natur des Pflichtteilsanspruchs noch nicht, sondern durch eine gewisse Gleichgiltigkeit gegen die gehässige Natur der öffentlichen Aufrollung einer Enterbungsfrage vor Gericht.

2. Entferntere Abkömmlinge und Eltern haben ein Pflichtteilsrecht nur dann, wenn sie bei reiner gesetzlicher Erbfolge erben würden. Doch würde ihre Ausschließung in jedem andern Falle zu weit gehen. Wenn z. B. ein vorgehender Abkömmling für seine Person auf seinen Erbteil verzichtet hat oder erbunwürdig ist, so würde er dennoch, wenn wir jene Formel anwenden, bei reiner Intestaterbfolge berufen sein, nicht aber seine Nachmänner. Trotzdem wäre es ungerecht, diesen Nachmännern ein Pflichtteilsrecht zu versagen, da ihr Vormann doch sein Erbrecht verwirkt oder aufgegeben hat. Darum hat § 2309 eine engere Formulierung für die Ausschließung der entfernteren Abkömmlinge und Eltern gewählt.

Strohal[1]) tadelt diesen Paragraphen, dessen einzelnen Sätze jedoch sehr wohl abgewogen sind. Ihm zufolge haben entferntere Abkömmlinge und Eltern nur dann — so kann man hinzudenken — kein Pflichtteilsrecht, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind:

1. Wenn ein Abkömmling vorhanden ist, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, und

2. wenn und insoweit außerdem dieser ihnen vorgehende Abkömmling entweder den Pflichtteil verlangen kann oder das ihm Hinterlassene annimmt.

Damit ein vorgehender Abkömmling entferntere Abkömmlinge oder die Eltern ausschließe, muß also der vorgehende Abkömmling nicht bloß, wie man nach der Formulierung der bisherigen Theorie annehmen sollte, selber ein gesetzliches Erbrecht haben, sondern auch pflichtteilsberechtigt sein oder etwas vom Erblasser ihm Hinterlassenes annehmen.

Daraus folgt, daß er dem Pflichtteilsrecht eines Entfernteren nicht im Wege steht, wenn er selber von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, z. B. wegen Erbunwürdigkeit, oder weil er für seine Person verzichtet hat oder sein Erbteil ausschlägt. Eben darum macht er dann dem entfernteren Abkömmling, vor dem er stand, freie Bahn, oder auch, wenn solche entfernteren Abkömmlinge nicht vorhanden sind, den Eltern des Erblassers. Dabei ist namentlich neu, daß dieses Pflichtteilsrecht des Entfernteren auch bei Ausschlagung des vorgehenden Abkömmlings in Kraft tritt.

Nehmen wir den Fall, daß der Erblasser seinen pflichtteilsberechtigten Sohn zum Erben einsetzt, dann aber ihm einen Fremden sub-

[1]) 3. Aufl. S. 428 ff. Vgl. hierzu die daselbst S. 426 angeführte Literatur, insbesondere Strohals Leipziger Dekanatsprogramm 1899, auch die Breslauer Dissertation von Richard Thiel: Das Pflichtteilsrecht der entfernteren Abkömmlinge des Erblassers nach dem Deutschen B.G.B. Breslau 1902.

stituiert hat und nun der Sohn ausschlägt, so hat der Sohn dieses Sohnes ein Pflichtteilsrecht gegen den Fremden. Durch die Ausschlagung des Sohnes wird der Enkel pflichtteilsberechtigt. Der Gedanke ist der, daß der Ausschlagende als erbrechtlich nicht vorhanden gilt.[1]) Deshalb tritt das Pflichtteilsrecht des von ihm erzeugten Enkels des Erblassers in Kraft.

Weiter steht der vorgehende Abkömmling dem Pflichtteilsberechtigten des Entfernteren auch dann nicht im Wege, wenn er zwar mit seiner gesetzlichen Erbfolge vorgehen würde, aber die zweite Bedingung fehlt, d. h. wenn er den Pflichtteil nicht verlangen kann, weil er nur ein gesetzliches Erbrecht, aber kein Pflichtteilsrecht, hat. Wenn z. B. dem näheren Abkömmling, dem Sohn des Erblassers, das Pflichtteil rechtmäßig wegen einer Verfehlung entzogen ist, dann tritt der Entferntere, also der Sohn dieses rechtmäßig Enterbten, wie im römischen Recht durch die successio in querelam inofficiosi testamenti, so auch im B.G.B. an seine Stelle, ebenso wenn der nähere Abkömmling auf das Pflichtteilsrecht und nur auf dieses verzichtet hatte, nicht auch auf sein gesetzliches Erbrecht.

Man kann in diesen Fällen zwar nicht sagen, daß der Verzichtende erbrechtlich nicht vorhanden sei, bei gesetzlicher Erbfolge würde er sukzedieren, wohl aber, daß er pflichtteilsrechtlich nicht vorhanden sei. Indessen steht dem Rechte des Vorgehenden, den Pflichtteil zu verlangen, gleich und schließt also die entfernteren Abkömmlinge und Eltern aus: die Annahme dessen, was der Erblasser freiwillig, ohne dazu verpflichtet zu sein, dem Vorgehenden hinterlassen hat. Wenn also der Erblasser einen Sohn, der wegen einer Verfehlung gegen den Vater den Pflichtteil nicht verlangen konnte, trotzdem freiwillig mit etwas im Testamente bedacht hat und dieser es annimmt, dann kann insoweit, wie das B.G.B. sagt, der Enkel kein Pflichtteilsrecht geltend machen, d. h. bis zum Belange dessen, was seinem parens hinterlassen ist. Dagegen hat der Entferntere einen Anspruch auf den Überschuß seines Pflichtteils über das, was seinem parens hinterlassen ist. Ebenso wenn ein Sohn für seine Person auf das Pflichtteilsrecht verzichtet hatte, aber der Erblasser ihm freiwillig etwas hinterlassen hat, so ist wiederum insoweit, als diese freiwillige Zuwendung reicht, das Pflichtteilsrecht des weiteren Abkömmlings ausgeschlossen, dagegen für die Differenz, soweit als sein Pflichtteilsrecht sich über die Zuwendung hinaus erstreckte, noch zu verfolgen.

[1]) Ihm ist das Recht, über die Erbrechte seines Stammes zu verfügen entzogen.

In diesen Fällen hatten die entfernteren Abkömmlinge ihrerseits kein Recht auf die Ausschließung des Vorstehenden und müssen sich gefallen lassen, daß ihr Pflichtteil um so viel gemindert wird, als ihr parens vom Erblasser erhalten hat.[1])

Bei Ausschlagung des Näheren war bisher im preußischen und ebenso im gemeinen Recht ein Pflichtteilsrecht des Entfernteren nicht anerkannt.[2]) Ebenso hat fortan bei dem Verzicht des Sohnes auf das bloße Pflichtteilsrecht für seine Person der Enkel, auch wenn er Erbe des Sohnes geworden ist, aus eigener Person ein Pflichtteilsrecht. Mit dieser Ausdehnung des Pflichtteilsrechts hängt natürlich eine größere Gebundenheit des Erblassers zusammen. Das war aber auch im B.G.B. beabsichtigt.

Diese Schlußworte des § 2309 „soweit als er das ihm Hinterlassene annimmt" sind also nicht, wie man bei erster Lektüre meinen möchte, etwa auf den Fall zu beziehen, daß der Pflichtteilsberechtigte deswegen nichts mehr verlangen kann, weil er den (ihm gebührenden)[3]) Pflichtteil bekommen hat — daran ist dabei gar nicht gedacht — vielmehr liegt der Fall vor, daß er entweder den Pflichtteil verlangen kann, aber für sein Recht, ihn zu verlangen, anderweitig befriedigt wird, oder daß er zwar den Pflichtteil nicht verlangen kann,[4]) aber nun entweder eine das Pflichtteilsrecht ausschließende Zuwendung (§§ 2306, 2307) oder eine ihm vom Erblasser ohne jede Verpflichtung hinterlassene Zuwendung angenommen hat. Anders ausgedrückt, der Enkel soll das, was an Zuwendungen vom Erblasser in seinen Stamm gefallen ist, nicht ignorieren dürfen (Grundsatz der Stammeinheit).[5])

---

[1]) Dem Erblasser soll nicht das Recht genommen werden, sich des Pflichtteils unwürdig Gewordenen in Gnaden wieder anzunehmen. Er soll dadurch eine Erschwerung seiner Pflichtteilslast nicht erleiden.

[2]) Er war im Ausschlagen des Pflichtteils bisher Stammrepräsentant.

[3]) Vom Herausgeber eingeschoben.

[4]) Der Text ist nicht ganz sicher. Eck sieht wohl mit Recht in dem Nichtannehmen des Hinterlassenen ein Seitenstück des Ausschlagens, das eben hinfort nicht mehr dem ganzen Stamme des Ausschlagenden schaden soll.

[5]) Bei Verwirkung und Verzicht soll dieser Grundsatz nicht gelten, sonst aber allerdings. Da jedoch nicht blos Abkömmlinge, sondern auch die Eltern hier als entferntere Pflichtteilsberechtigte Betracht kommen, so hat der Gedanke der Stammeinheit nicht den Ausschlag gegeben. Es handelt sich vielmehr m. E. in erster Linie um das Recht des Erblassers, über Mängel des Pflichtteilsrechts freiwillig hinwegzusehen und mit dem Erben, dem der Pflichtteil entzogen werden kann, auf Kosten der Nachstehenden zu verhandeln. Ersteres wird ihm gegeben, letzteres versagt.

3. Die Größe des Pflichtteils ist stets ein Halb des gesetzlichen Erbteils (nach dem Muster des österreichischen Erbrechts). Der Erblasser mag viel oder wenig Kinder haben, er ist immer in gleichem Maße in der Testierbefugnis beschränkt. Er kann immer nur über die Hälfte des Nachlasses verfügen; denn die Intestatportionen der Kinder würden zusammen den ganzen Nachlaß umfassen.

Das ist die sogenannte römische Distributivkomputation, wonach die gesetzliche Erbportion des einzelnen Pflichtigkeitsberechtigten berechnet wird. Verworfen wird damit die andre törichte, aber im gemeinen Recht so lange verteidigte Kollektiv-Komputation, die auch im A.L.R. Verteidiger gefunden hat.[1])

Bei der Bemessung des Dividendus wird, wie nach römischem Recht, auch der rechtmäßig Enterbte mitgezählt (§ 2310). Dies ist das Glossatorensprichwort: Exheredatus partem facit ad minuendam legitimam.

Ferner wird mitgezählt der, welcher seinen Erbteil ausschlägt und auch der, welcher für erbunwürdig erklärt wird. Durch die Ausschließung aller dieser Personen wächst das Pflichtteilsrecht den Übrigen nicht an, sondern kommt, wenn der Erblasser die Pflichtteilsberechtigten auf ihre Pflichtteile beschränkt hatte, dem heres extraneus zu Gute. Das ist eben nach dem Muster des römischen Rechts so statuiert.

Ein Widerspruch dieses § 2310 mit § 2309 ergibt sich aus folgenden Beispielen:

Hat der Erblasser einen Sohn und von diesem einen Enkel, dann bringt nach § 2309 die rechtmäßige Enterbung dem Enkel den Vorteil, daß er dadurch ein Pflichtteilsrecht gegen seinen Großvater bekommt. Hat nun aber der Erblasser zwei Söhne, dann bringt die Enterbung des einen durchaus nicht für den andern den Vorteil, daß sich dessen Pflichtteilsrecht erhöht, sondern dann wird der Enterbte mitgezählt. Es ist schwer zu vereinen, daß das eine Mal bei § 2309 die Enterbung den Nachmännern nützt und das andre Mal nach § 2310 den Nebenmännern nichts nützt.[2]) Man wird diesen Widerspruch wohl so erklären können, daß § 2310 in das römische oder gemeine Recht zurückfällt und vergißt, daß dieser Gedanke durch § 2309 aufgegeben war.

Eine Ausnahme macht aber nach § 2310 Satz 2 der durch Erbverzicht Ausgeschlossene. Dieser wird bei der Berechnung des Pflichtteils seiner Geschwister im Widerspruch mit dem preußischen Recht

[1]) Vgl. hierüber Dernburg, Lehrb. des pr. Privatr. III § 197 S. 541.

[2]) Diese Bemerkung Ecks erinnert an das Bd. II S. 478 Anm. 3 besprochene Reichsgerichtsurteil.

(§ 488 A.L.R. II, 2) nicht mitgezählt. Es ist hier eine Ausnahme gemacht für den durch Erbverzicht ausgeschlossenen, im Gegensatz zu den durch andere Gründe ausgeschlossenen, nach den Motiven[1]) deshalb, weil der, welcher durch seinen Erbverzicht ausgeschlossen ist, meist eine Abfindung erhalten haben wird. Darum ist er anders zu behandeln.

Für die Wertschätzung des Nachlasses, auf Grund welcher der Pflichtteil berechnet wird, ist der Zeitpunkt des Erbfalls maßgebend (§ 2311). Die „Wertbestimmung des Erblassers ist nicht entscheidend."[2]) Wenn Wertstücke nach dem Erbfall im Werte steigen, dann ist es für den Pflichtteilsberechtigten sehr ungünstig, daß er nicht mehr daran teilnimmt. Wenn aber umgekehrt diese Werte stark sinken, dann ist es für den Erben nachteilig. Strohal[3]) meint, es müsse eine Schätzung in concreto nach billigem Ermessen eintreten. Indessen ist nicht abzusehen, wie das praktisch durchgeführt werden soll.

Besondere Bestimmungen sind hinzugefügt, wenn zu dem Nachlasse ein Landgut gehört (§ 2312). Hier soll wieder nicht der Kaufwert, sondern der Ertragswert maßgebend sein.[4])

Für die besonderen Fälle bedingter Rechtsverhältnisse bestimmt § 2313, daß Rechte und Verbindlichkeiten, die von einer aufschiebenden Bedingung abhängig sind, außer Ansatz bleiben sollen.[5])

Nach § 2314 kann der Pflichtteilsberechtigte verlangen, daß der Erbe ihm über den Bestand des Nachlasses Auskunft erteile, daß er ihn bei der Aufnahme des Vermögensverzeichnisses zuziehe und daß er auch die Schätzung der Nachlaßmasse bewirke. Die dadurch erwachsenen Kosten fallen dem Nachlasse zur Last.

Nach § 2311 bleibt bei der Berechnung des Pflichtteils der Eltern das Voraus des Ehegatten außer Ansatz (§ 1932), so daß die Eltern insofern ungünstiger stehen als die Kinder.

4. § 2315 trifft im Einklange mit dem bisherigen Rechte Bestimmungen über das, was der Pflichtteilsberechtigte sich auf seinen Pflichtteil anrechnen lassen muß an Zuwendungen, die er vom Erblasser empfangen hat. Ihr Kreis ist enger gezogen, als nach dem bisherigen Recht.

[1]) Bd. V S. 404

[2]) Vorbereitungsheft.

[3]) Vgl. 3. Aufl. S. 443 § 52 Anm. 3. Strohal warnt nur vor einer mechanischen Anwendung der Regel, worunter wohl zu verstehen ist, daß man es mit der schwierigen Ermittelung des Wertes, den eine Sache zu einem früheren Zeitpunkte hatte, nicht allzugenau nehmen kann. Dagegen läßt sich nichts einwenden.

[4]) Vgl. §§ 1515, 2049.

[5]) Diese Regel ist rücksichtslos, aber bequem für die Berechnung des Pflichtteils.

Der Pflichtteilsberechtigte hat sich auf den Pflichtteil nur das anrechnen zu lassen, was ihm vom Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Bestimmung zugewendet worden ist, daß es auf den Pflichtteil angerechnet werden sollte, also schon bei dem Rechtsgeschäft unter Lebenden, nicht etwa nachträglich noch im Testament.

Die Art der Anrechnung ist einfach die des bisherigen gemeinen und preußischen Rechts. Natürlich muß der Wert der Zuwendung bei der Bestimmung des Pflichtteils zunächst dem Nachlasse hinzugerechnet werden, und von diesem so vergrößerten Nachlaß ist die Intestatportion und davon wieder der Pflichtteil zu berechnen. Endlich wird auf den Pflichtteil die Zuwendung angerechnet wie eine schon bei Lebzeiten geleistete Abschlagszahlung.[1])

Für den Wert, zu welchem die Zuwendungen zu veranschlagen und mit dem sie in den Nachlaß hineinzurechnen sind, ist maßgebend die Zeit, zu welcher die Zuwendung erfolgt ist (gerade wie wir das bei der Kollation gesehen haben). Das B.G.B. hat ja nicht die römisch-rechtliche Bereicherungskollation angenommen. Hat sich die Zuwendung an Wert verringert, so ist das der Nachteil des Zuwendungsempfängers (s. oben S. 69).

Diese Regeln gelten auch ohne allen Unterschied, gleichviel ob mehrere Pflichtteilsberechtigte vorhanden sind oder nur einer; ob die Pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge sind oder Eltern oder neben ihnen ein Ehegatte steht. Immer, wenn sich ein Pflichtteilsberechtigter etwas mit der Auflage hat zuwenden lassen, daß er es sich auf den Pflichtteil anrechnen müsse, so wird die Zuwendung in dieser Weise in den Nachlaß eingerechnet und dem Empfänger auf seinen Pflichtteil wieder abgerechnet.

Wie ein Enkel, der kollationspflichtig ist, das konferieren muß, was in seinen Stamm gefallen ist, was sein parens bekommen hat, wenn er ihn auch selber nicht beerbt hat, gerade so ist auch bei der Anrechnung auf den Pflichtteil zu verfahren. Wenn der Pflichtteilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers ist, so soll nach § 2315 Abs. 3 die Vorschrift des § 2051 Abs. 1 entsprechende Anwendung finden, d. h. wenn ein Sohn des Erblassers etwas mit der Verpflichtung, es sich auf den Pflichtteil anzurechnen, bekommen hat, so muß auch der an seine Stelle tretende Enkel das von seinem parens Em-

[1]) Beispiel: Nachlaß 20000, X. und Y. sind Pflichtteilserben. X. hat 2000 auf den Pflichtteil anzurechnen. Die Pflichtteile von X. und Y. sind je 5500. X. muß sich hiervon 2000 abziehen lassen. Sein Pflichtteil mindert sich auf 3500.

pfangene sich auf, seinen Pflichtteil in Anrechnung bringen lassen, mag er dadurch bereichert sein oder nicht.

„Wird der Pflichtteil durch die Zuwendung ganz gedeckt, so hat zwar der Pflichtteilsberechtigte nichts mehr zu bekommen, aber er bleibt doch im Sinne des Gesetzes ein solcher, der den Pflichtteil verlangen kann. Daraus folgt, daß ein Abkömmling, dessen Pflichtteil durch Anrechnung gedeckt ist, entferntere Abkömmlinge und Eltern vom Pflichtteil ausschließt."[1])

Nach § 2317 ist der Pflichtteilsanspruch vererblich und übertragbar. Pfändbar ist er jedoch nach § 852 C.P.O. nur dann, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Wider den Willen eines Pflichtteilsberechtigten, der das Testament des Erblassers gelten lassen will, können die Gläubiger den Pflichtteilsanspruch dieses Schuldners nicht pfänden.

2. Berücksichtigung von ausgleichungspflichtigen Zuwendungen. (§ 2316.)

§ 33.

§ 2316 ist wohl der schwierigste im ganzen Erbrecht. Ihm zufolge unterliegen nicht dem Anrechnungsprinzip, das soeben im § 2315 entwickelt worden ist, wie das im bisherigen Recht der Fall ist, auch die ausgleichungspflichtigen Zuwendungen an Abkömmlinge, insbesondere eine Ausstattung, an die man natürlich zuerst denkt. Diese werden nur in viel engeren Grenzen berücksichtigt, nämlich:

1. nur im Verhältnis mehrerer Abkömmlinge, unter denen im Falle gesetzlicher Erbfolge eine Zuwendung zur Ausgleichung zu bringen sein würde. Z. B. wird eine solche Zuwendung nicht berücksichtigt, wenn nur ein Kind vorhanden ist, während sie nach der preußischen Praxis auch dann berücksichtigt werden sollte.[2])

[1]) Vorbereitungsheft.

[2]) Vgl. über diese Neuerung die auch vom ersten Entwurfe (§ 1989) abweicht, Strohal, d. D. Erbr. 3. Aufl. S. 474. Es prägt sich in ihr immerhin ein verständlicher Gedanke aus. Das Vorempfangene soll nicht jedesmal als eine vorausbezahlte Abfindung aus der Erbschaftsmasse gelten, sondern nur dann, wenn ein anderer Abkömmling dadurch bei dem Erbfalle geschmälert ist. Nur dann läge, falls die Anrechnung unterbliebe, eine Ungleichheit vor, von der man nicht ohne Weiteres annimmt, daß der Verstorbene sie gewollt habe. Aus dieser Natur des Vorempfanges als einer bei Lebzeiten vorausbezahlten Nachlaßmasse erklärt sich auch, daß der Vorempfang nicht bloß bei der Berechnung des Ausgleichungsbetrages, sondern auch

Der Pflichtteilsberechtigte hat sich auf den Pflichtteil nur das anrechnen zu lassen, was ihm vom Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Bestimmung zugewendet worden ist, daß es auf den Pflichtteil angerechnet werden sollte, also schon bei dem Rechtsgeschäft unter Lebenden, nicht etwa nachträglich noch im Testament.

Die Art der Anrechnung ist einfach die des bisherigen gemeinen und preußischen Rechts. Natürlich muß der Wert der Zuwendung bei der Bestimmung des Pflichtteils zunächst dem Nachlasse hinzugerechnet werden, und von diesem so vergrößerten Nachlaß ist die Intestatportion und davon wieder der Pflichtteil zu berechnen. Endlich wird auf den Pflichtteil die Zuwendung angerechnet wie eine schon bei Lebzeiten geleistete Abschlagszahlung.[1])

Für den Wert, zu welchem die Zuwendungen zu veranschlagen und mit dem sie in den Nachlaß hineinzurechnen sind, ist maßgebend die Zeit, zu welcher die Zuwendung erfolgt ist (gerade wie wir das bei der Kollation gesehen haben). Das B.G.B. hat ja nicht die römisch-rechtliche Bereicherungskollation angenommen. Hat sich die Zuwendung an Wert verringert, so ist das der Nachteil des Zuwendungsempfängers (s. oben S. 69).

Diese Regeln gelten auch ohne allen Unterschied, gleichviel ob mehrere Pflichtteilsberechtigte vorhanden sind oder nur einer; ob die Pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge sind oder Eltern oder neben ihnen ein Ehegatte steht. Immer, wenn sich ein Pflichtteilsberechtigter etwas mit der Auflage hat zuwenden lassen, daß er es sich auf den Pflichtteil anrechnen müsse, so wird die Zuwendung in dieser Weise in den Nachlaß eingerechnet und dem Empfänger auf seinen Pflichtteil wieder abgerechnet.

Wie ein Enkel, der kollationspflichtig ist, das konferieren muß, was in seinen Stamm gefallen ist, was sein parens bekommen hat, wenn er ihn auch selber nicht beerbt hat, gerade so ist auch bei der Anrechnung auf den Pflichtteil zu verfahren. Wenn der Pflichtteilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers ist, so soll nach § 2315 Abs. 3 die Vorschrift des § 2051 Abs. 1 entsprechende Anwendung finden, d. h. wenn ein Sohn des Erblassers etwas mit der Verpflichtung, es sich auf den Pflichtteil anzurechnen, bekommen hat, so muß auch der an seine Stelle tretende Enkel das von seinem parens Em-

[1]) Beispiel: Nachlaß 20000, X. und Y. sind Pflichtteilserben. X. hat 2000 auf den Pflichtteil anzurechnen. Die Pflichtteile von X. und Y. sind je 5500. X. muß sich hiervon 2000 abziehen lassen. Sein Pflichtteil mindert sich auf 3500.

pfangene sich auf seinen Pflichtteil in Anrechnung bringen lassen, mag er dadurch bereichert sein oder nicht.

„Wird der Pflichtteil durch die Zuwendung ganz gedeckt, so hat zwar der Pflichtteilsberechtigte nichts mehr zu bekommen, aber er bleibt doch im Sinne des Gesetzes ein solcher, der den Pflichtteil verlangen kann. Daraus folgt, daß ein Abkömmling, dessen Pflichtteil durch Anrechnung gedeckt ist, entferntere Abkömmlinge und Eltern vom Pflichtteil ausschließt."[1])

Nach § 2317 ist der Pflichtteilsanspruch vererblich und übertragbar. Pfändbar ist er jedoch nach § 852 C.P.O. nur dann, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Wider den Willen eines Pflichtteilsberechtigten, der das Testament des Erblassers gelten lassen will, können die Gläubiger den Pflichtteilsanspruch dieses Schuldners nicht pfänden.

2. Berücksichtigung von ausgleichungspflichtigen Zuwendungen. (§ 2316.)

§ 33.

§ 2316 ist wohl der schwierigste im ganzen Erbrecht. Ihm zufolge unterliegen nicht dem Anrechnungsprinzip, das soeben im § 2315 entwickelt worden ist, wie das im bisherigen Recht der Fall ist, auch die ausgleichungspflichtigen Zuwendungen an Abkömmlinge, insbesondere eine Ausstattung, an die man natürlich zuerst denkt. Diese werden nur in viel engeren Grenzen berücksichtigt, nämlich:

1. nur im Verhältnis mehrerer Abkömmlinge, unter denen im Falle gesetzlicher Erbfolge eine Zuwendung zur Ausgleichung zu bringen sein würde. Z. B. wird eine solche Zuwendung nicht berücksichtigt, wenn nur ein Kind vorhanden ist, während sie nach der preußischen Praxis auch dann berücksichtigt werden sollte.[2])

---

[1]) Vorbereitungsheft.

[2]) Vgl. über diese Neuerung die auch vom ersten Entwurfe (§ 1989) abweicht, Strohal, d. D. Erbr. 3. Aufl. S. 474. Es prägt sich in ihr immerhin ein verständlicher Gedanke aus. Das Vorempfangene soll nicht jedesmal als eine vorausbezahlte Abfindung aus der Erbschaftsmasse gelten, sondern nur dann, wenn ein anderer Abkömmling dadurch bei dem Erbfalle geschmälert ist. Nur dann läge, falls die Anrechnung unterbliebe, eine Ungleichheit vor, von der man nicht ohne Weiteres annimmt, daß der Verstorbene sie gewollt habe. Aus dieser Natur des Vorempfanges als einer bei Lebzeiten vorausbezahlten Nachlaßmasse erklärt sich auch, daß der Vorempfang nicht bloß bei der Berechnung des Ausgleichungsbetrages, sondern auch

2. Eine solche ausgleichungspflichtige Zuwendung wird auch nur in der Art berücksichtigt, daß der gesetzliche Erbteil, also der Dividendus für Bildung des Pflichtteils nach den Regeln über die Ausgleichung berechnet wird, ganz wie nach § 2055, der von der Ausgleichung handelt. Wie bei der Ausgleichung die Ausstattung dem Nachlaß, soweit er dem Ausgleichungssubjekte gleichkommt, hinzugerechnet und dann dem Empfänger der Ausstattung auf seinen gesetzlichen Erbteil angerechnet wird, so soll auch hier nach § 2316 „Abs. 1" beim Pflichtteil „der Wert des gesetzlichen Erbteils" berechnet und von diesem, durch die Anrechnung der Ausstattung geminderten gesetzlichen Erbteil[1]) dann die Hälfte als Pflichtteil genommen werden.[2]) Dagegen soll eben eine Anrechnung auf den Pflichtteil selber unterbleiben, d. h. eine Anrechnung der ausgleichungspflichtigen Zuwendung auf den durch Division des Erbteils durch Zwei gefundenen Quotienten. Diese ganz neue Art der Berücksichtigung eines Vorempfanges bei Berechnung eines Pflichtteils, diese Methode der Berücksichtigung nach dem Ausgleichungsprinzip statt wie im bisherigen Recht nach dem Anrechnungsprinzip, unterscheidet sich also von der bisherigen Methode dadurch, daß sie den Vorausempfang, das Konferendum an anderer Stelle in Rechnung setzt, ihn von einem anderen Minuendus subtrahiert. Es wird nicht, wie nach dem bisherigen Recht, von dem Quotienten, der den Pflichtteil bildet, subtrahiert, sondern von dem Dividendus, dessen Hälfte den Pflichtteil ausmacht.[3])

Natürlich ist das für die pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge eine große Begünstigung, eine Begünstigung um 50 Proz.,[4]) und für den

---

bei der Berechnung des Pflichtteils zu dem wirklich vorhandenen Nachlasse zugerechnet wird, was übrigens aus dem Wortlaute des § 2316 leider nicht recht klar hervorgeht.

[1]) Daß sich der Pflichtteil gerade in dieser Weise nach dem durch den Wert des Vorempfanges gekürzten Erbteil bestimmt, nimmt auch Strohal a. a. O. S. 474 ff. an. Er nennt den kraft Gesetzes verminderten gesetzlichen Erbteil „den Anteil, den der Abkömmling im Falle gesetzlicher Erbfolge aus dem wirklichen Nachlaßbestande bei der Teilung erhalten würde."

[2]) Beispiel. Wirklicher Nachlaß = 10 000, die von einem der beiden Kinder anzurechnende Ausstattung = 2 000. Der in Rechnung zu stellende Nachlaß = 12 000, der gesetzliche Erbteil des Ausgleichungspflichtigen = 6 000. Hierauf sind 2 000 anzurechnen, also verbleiben 4 000, Pflichtteil ist die Hälfte = 2 000.

[3]) Im Beispiele der vorigen Anmerkung werden also die vorempfangenen 2000 nicht von dem Pflichtteile als dem halben gesetzlichen Erbteile (also von 3 000) subtrahiert, so daß nur 1 000 übrig bleiben, sondern von den 6000, die hinterher halbiert werden. Es wird also nur der halbe Vorempfang vom Pflichtteile abgezogen.

[4]) Der Sinn dieser Begünstigung beruht allem Anscheine nach auf der Er-

Erblasser ist es dementsprechend eine viel größere Beschränkung seiner Testierfreiheit. Aber das ist es gerade, was man wollte. Man fand die Anrechnung der Konferenda, wie sie nach dem bisherigen, dem gemeinen und preußischen Recht gilt, zu ungünstig für die kollationspflichtigen und zugleich pflichtteilsberechtigten Subjekte.

Von selber ist nun durch diese Neuerung gegeben, daß die Pflichtteilsrechte mehrerer Geschwister auch ungleich hoch ausfallen können, nämlich sobald diese Geschwister ungleiche Vorausempfänge zu konferieren haben. Natürlich, denn je höher eine ausgleichungspflichtige Zuwendung ist, desto mehr vermindert sie für ihren Empfänger den Dividendus, von dem sein Pflichtteil die Hälfte ausmacht. Das hat freilich Ubbelohde[1]) für ganz begriffswidrig erklärt. Man wird ihm erwidern müssen, daß die Pflichtteile doch schließlich auch nach dem bisherigen Prinzip der Anrechnung ungleich hoch werden, und ob nun die Ungleichheit durch einen Abzug vom Quotienten, wie nach dem bisherigen Recht, oder durch einen Abzug vom Dividendus, wie nach dem neuen Recht, herbeigeführt werden soll, das zu bestimmen hat doch der Gesetzgeber freie Hand.[2])

Die Fassung des Abs. 1 ist freilich nicht gerade sehr durchsichtig.

Weiter ist bestimmt, daß ein Abkömmling, der durch Erbverzicht ausgeschlossen ist, bei der Berechnung außer Betracht bleibt.

Am schwierigsten ist der Fall des § 2316 Abs. 4, wo eine Zuwendung des Erblassers an einen Abkömmling, der sowohl ausgleichungspflichtig als auch anrechnungspflichtig ist, also nicht bloß unter den § 2316, sondern ebensogut unter den § 2315 fällt. Wenn z. B. einer Tochter eine Ausstattung vom Erblasser mit der Bestimmung gegeben war, daß die Empfängerin sie auf den Pflichtteil anrechnen sollte, dann war die Ausstattung Konferendum, weil sie Ausstattung ist, aber zugleich anrechnungspflichtige Zuwendung, weil sie mit der Bestimmung der Anrechnung gegeben war. Dieser Fall erledigt sich sehr einfach und sachgemäß, wenn man auf ihn lediglich das Anrechnungsprinzip des § 2315 anwendet.[3]) Dazu ist man vollauf berechtigt, denn dies

---

wägung, daß der Vorempfang als Bestandteil des gesetzlichen Erbteils gelten solle und daher, weil der Pflichtteil die Hälfte dieses Erbteils ist, auch nur zur Hälfte in den Pflichtteil einzurechnen sei. Will ihn der Testator ganz eingerechnet sehen, so ist denn auch noch die andere Hälfte vom Pflichtteilsbetrage abzuziehen (§ 2361 Abs. 4) s. unten.

[1]) Jahrb. f. Dogmat. Bd. 39 S. 141 ff. Gegen ihn auch Matthiaß, Lehrb. II § 159 Anm. 2 S. 510 und sehr scharf Strohal 3. Aufl. S. 478 Anm. 13.

[2]) Vgl. S. 213 Anm. 2 a. E.

[3]) Dies darf als herrschende Meinung bezeichnet werden, vgl. Strohal 3. Aufl.

Anrechnungsprinzip geht über das Ausgleichungsprinzip (um 50 Proz.) noch hinaus und absorbiert dasselbe. Bringt man also das Anrechnungsprinzip, das auf einen solchen Fall vollkommen paßt, zur Anwendung, so kann von einem abweichenden Ausgleichungsprinzip nicht mehr die Rede sein.

Aber so einfach hat es die Reichstagskommission nicht haben wollen, sondern sie hat das einfache und sachgemäße Verfahren verkannt. Sie meinte nämlich, daß, wenn eine Zuwendung ausgleichungspflichtig und zugleich anrechnungspflichtig sei, zunächst doch jedenfalls das Ausgleichungsprinzip des § 2316 Abs. 1 anzuwenden sei. Von diesem einmal eingenommenen Standpunkt aus erkannte sie dann allerdings richtig, daß, nachdem man das Ausgleichungsprinzip zur Anwendung gebracht hat, nicht etwa noch außerdem nach § 2315 eine Anrechnung der Zuwendung auf den Pflichtteil vorgenommen werden dürfe — natürlich nicht, weil ja sonst die Zuwendung erst vom Dividendus und auch noch vom Quotienten abgezogen werden würde, also der Empfänger der Zuwendung dann glücklich 150 Proz. derselben an seinem Pflichtteil verlieren würde.[1]) Deswegen sagt die Reichstagskommission in ihrem Bericht für das Plenum, der § 2316 enthalte am Schlusse eine Lücke, die durch die Vorschrift des Abs. 4 auszufüllen sei, d. h. durch die Vorschrift, daß, wenn die Zuwendung schon vom Dividendus, vom gesetzlichen Erbteil abgezogen sei, dann vom Quotienten nur noch ihre Hälfte abgezogen werden dürfe. Das ist freilich sehr richtig. Aber diese Vorschrift gebietet doch nur einen ganz nutzlosen, rechnerischen Umweg.[2]) Sie bestimmt, daß die Zuwendung, die zugleich Konferendum und anrechnungspflichtig ist, erst von dem gesetzlichen

§ 56 S. 473 ff. bes. S. 483 Anm. 24a über die scharfsinnigen, aber eigenartigen Ausführungen von Herzfelder in Staudingers Kommentar S. 617 ff., ferner Landsberg, Das R. d. B.G.B II S. 1255, auch die bei Strohal und Landsberg angeführte Literatur.

[1]) Im Beispiele auf S. 214 Anm. 2 (N = 10000, V = 2000, zwei Erben) würden dann von 6000 zuerst 2000 abzuziehen sein und von der Hälfte des Restes, in der bereits der halbe Abzug steckt, noch einmal die vollen 2000, so daß der Ausgleichungspflichtige nichts mehr als Pflichtteil übrig behielte.

[2]) Wer zwei Hälften einer Zahl hinter einander abzieht, erreicht dasselbe, als wenn er die ganze Zahl auf ein Mal abzieht. — Wenn N die Nachlaßmasse bezeichnet, V den Vorempfang und Z die Zahl der gleichberechtigten gesetzlichen Erben, so läßt sich Ecks Ausführung in die Formel kleiden:

$$\frac{\frac{N+V}{Z}-V}{2}-V=\frac{N+V}{2Z}-V$$

Erbteil, d. h. von dem durch Zwei zu teilenden Dividendus und zweitens ihre Hälfte von dem Quotienten, dem Pflichtteil abgezogen werden soll.[1]) Das kann aber doch niemals ein anderes Resultat ergeben, als wenn man einfach die Zuwendung vom Dividendus nicht in Abzug bringt, wohl aber dann von dem durch Division mit Zwei erzielten Quotienten ganz abzieht.

Man kann dreist sagen: § 2316 Abs. 4 beruht auf einem Mißverständnis, durch das ein ganz unnützer Umweg vorgeschrieben wird, zu dem sich die Praxis wahrscheinlich nicht bequemen wird, da man dasselbe richtige Resultat viel einfacher erreicht, wenn man den im Abs. 4 geregelten Fall nicht erst nach dem Ausgleichungsprinzip und dann zur Hälfte noch nach dem Anrechnungsprinzip behandelt, sondern lediglich ganz nach dem Anrechnungsprinzip des § 2315.[2])

Nach der bezeichneten Unterscheidung zwischen Ausgleichungsprinzip und Anrechnungsprinzip ist es von sehr verschiedener Bedeutung, ob der Erblasser einen Abkömmling verpflichtet, eine Zuwendung zur Ausgleichung zu bringen, oder aber sie auf den Pflichtteil anzurechnen oder endlich auf den Erbteil. Muß der Abkömmling die Zuwendung zur Ausgleichung bringen, so besteht seine Obliegenheit nur in Anrechnung derselben auf den Erbteil gegenüber den miterbenden Geschwistern, ist also eine ganz beschränkte Verpflichtung. Muß

[1]) Im Beispiele der Anm. 1 S. 216 ergibt 6000 — 2000 = 4000. Als Pflichtteil gilt 2000 — 1000 = 1000.

[2]) Eck hob hierbei hervor, daß dies der Ansicht mancher widerspreche, namentlich derjenigen von Grabenwitz. Nach Ecks Meinung hätte § 2316 Abs. 4 lauten müssen: „Ist eine nach Abs. 1 zu berücksichtigende Zuwendung zugleich nach § 2315 auf den Pflichtteil anzurechnen, so gilt hier nicht § 2316, sondern 2315." In der Regel wäre die Sache dadurch vereinfacht worden. Wenn aber der ausgleichungspflichtige Erbe neben seinem unter § 2315 fallenden Vorempfange noch einen andern Ausgleichungsbetrag erhalten hat, oder wenn neben ihm noch ein anderer Erbe mit einem solchen Betrage, der nicht unter § 2315 fällt, steht, so muß doch jedenfalls der § 2316 bei diesem Nachlasse berücksichtigt werden. Dies mag den Abs. 4 entschuldigen, der ja im Grunde überhaupt keinen andern Zweck hat, als das von Eck verteidigte Ergebnis gegen abweichende Meinungen zu sichern. Der Umweg, den er vorschlägt, ist jedenfalls nicht so groß, daß eine kalkulatorische Kraft dadurch ermüdet werden könnte. Noch sehr viel schroffer als Eck beurteilt Strohal den Absatz 4 a. a. O. S. 487. „Der bei der Abfassung des Abs. 4 von § 2316 begangene Fehler besteht also darin, daß man dabei den Fall außer Betracht gelassen hat, in welchem bei der gesetzlichen Erbfolge neben Abkömmlingen auch dessen überlebender Ehegatte erbberechtigt sein würde" (Ähnlich die dort S. 487 Angeführten). Eck scheint freilich anzunehmen, daß sich die Vorschrift auch auf diesen Fall bezieht Dem möchte ich beistimmen. Lege non distinguente nostrum non est distinguere, mögen sich immerhin daraus vielleicht Unebenheiten ergeben.

er aber die empfangene Zuwendung auf seinen Erbteil anrechnen, dann hat diese Anrechnung auf den Erbteil nicht bloß miterbenden Abkömmlingen gegenüber zu erfolgen, sondern auch fremden Miterben, coheredes extranei, gegenüber. Das geht einen Schritt weiter.

Aber beide Male wird doch der Pflichtteil nur durch eine Verminderung des gesetzlichen Erbteils berechnet. Muß der Abkömmling aber die Zuwendung auf den Pflichtteil anrechnen, so unterliegt er dem § 2315, nach dem er viel ungünstiger gestellt ist. Hiernach ist zu sagen, daß im Zweifel, nicht wie nach dem bisherigen Recht, aus einer der beiden ersten Wendungen: Mein Sohn soll verpflichtet sein, das Empfangene zur Ausgleichung zu bringen oder auf den Erbteil anzurechnen, keineswegs geschlossen werden darf, daß der Abkömmling sich auch die Anrechnung auf den Pflichtteil gefallen lassen muß.

Das hat die Reichstagskommission ganz richtig erkannt und darum aus der Reichstagsvorlage den § 2288 Abs. 1 Satz 2 mit Recht weggestrichen, der aus Entwurf I herübergekommen war und bestimmt hatte, daß die Anrechnung auf den Erbteil allemal Anrechnung auf den Pflichtteil bedeute. So ist es denn nun der Willensauslegung überlassen, zu ermitteln, was der Erblasser mit einer solchen Wendung wie: „Mein Sohn soll das Empfangene zur Ausgleichung bringen“ oder „es sich auf den Erbteil anrechnen“ oder endlich „auf den Pflichtteil,“ gemeint habe, insbesondere ob er mit einer der ersten beiden Wendungen die letztere, offenbar am weitest tragende habe ausdrücken wollen.[1])

§ 2316 Abs. 2 zieht nun eine Konsequenz daraus, daß ausgleichungspflichtige Vorausempfänge (Konferenda eines Miterben) durch ihre Hinzurechnung zum Nachlaß diesen Nachlaß fiktiv vergrößern und also auf den Wert der Erbteile und Pflichtteile anderer Miterben erhöhen. Danach kann ein Pflichtteilsberechtigter auf einen Bruchteil des Nachlasses eingesetzt sein, der die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils erreicht oder ganz übersteigt, aber doch hinter dem Werte seines Pflichtteils zurückbleibt. Dann kann er den Mehrbetrag als Pflichtteil verlangen.

Der Nachlaß beträgt z. B. 20000 M. und der Erblasser X. hat seine zwei Söhne A. und B. hinterlassen. Den jüngeren B. hat er auf ein Viertel eingesetzt, d. h. also auf die Quote, die seinem

[1]) Man wird vielleicht dies in der Regel bei rechtsunkundigen Parteien anzunehmen geneigt sein, weil es das einfachste und der Testierfreiheit des Erblassers günstigste ist. Doch ist es wohl richtiger anzunehmen, daß ein Testator im Zweifel seine Testierfreiheit nur so weit wahrt, als er es klar bestimmt (In dubio minus).

Pflichtteil entspricht, also auf 5000 M. Wenn nunmehr der ältere Bruder A. eine Ausstattung von 10000 M. voraus empfangen hat, so wird durch die Hinzurechnung dieser Ausstattung zum Nachlaß der Nachlaß fiktiv, rechnerisch auf 30000 M. erhöht. Also beträgt der Pflichtteil des B. ein Viertel von diesem fiktiven Nachlaß, d. h. 7500 M. Demnach hat er noch 2500 M. von seinem älteren Bruder zu fordern.

§ 2316 Abs. 3 betrifft die Frage, ob ein Pflichtteilsberechtigter sich gefallen lassen muß, daß der Erblasser die Ausstattung eines Abkömmlings, die an sich ausgleichungspflichtig wäre, von der Berücksichtigung bei Berechnung des Pflichtteils ausschließt. Natürlich nicht, sofern dadurch der Pflichtteil eines Berechtigten verkürzt werden würde. Da die Regeln über die Berechnung des Pflichtteils dem Pflichtteilsberechtigten einen gewissen Betrag sichern sollen, so kann der Erblasser diesen Betrag dadurch nicht herunterseßen, daß er einen andern Ausgleichungspflichtigen von der Einwerfung dispensiert.

Bestritten ist, ob das, was § 2316 Abs. 3 von der Ausstattung, dem kapitalistischen Konferendum bestimmt, nicht eben so gut auf das im § 2050 Abs. 2 erwähnte Konferendum zu erstrecken sei, d. h. auf Zuschüsse, die zu dem Zweck gegeben waren, als Einkünfte verwendet zu werden, sowie Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Berufe, soweit sie das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß überstiegen haben. Nach dem Wortlaut des § 2316 Abs. 3 ist bloß von einer Zuwendung der im § 2050 Abs. 1 bezeichneten Art die Rede, das ist bloß die Ausstattung, per argumentum a contrario würde also ein anderes Konferendum dem § 2316 Abs. 3 nicht unterliegen. Allein die Entstehungsgeschichte lehrt, daß hier bloß ein Versehen zu Grunde liegt. § 2050 Abs. 1 umfaßte nämlich ursprünglich sowohl die Ausstattungen als die nichtkapitalistischen Zuwendungen, und in diesem Sinne wurde die Verweisung des § 2316 Abs. 3 formuliert. Später hat man den Abs. 1 des § 2050 in zwei Absätze auseinandergerissen. So ist die Verweisung zu enge geraten, und es fragt sich nun, wie wir interpretieren müssen. Ich glaube doch, daß die inneren Gründe hier die Rücksicht auf den Wortlaut überwiegen. Strohal[1]) ist derselben Ansicht.

---

[1]) 3. Aufl. S. 480. Dieser Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte gegenüber einem klaren Texte ist nicht unbedenklich.

3. Abwälzung der Pflichtteilslast.

§ 34.

Strohal[1]) hat den Ausdruck der Überschrift zuerst gebraucht und Küntzel hat ihn mit Recht übernommen. Die Pflichtteilslast trifft zwar im allgemeinen den Erben, und wenn mehrere Erben da sind mehrere Miterben. „Der Erbe, der den Pflichtteil auszuzahlen hat, kann aber unter Umständen verlangen, daß ein dritter Bedachter, z. B. ein Vermächtnisnehmer ihm diese Last tragen helfe“ [2]) (§§ 2318 bis 2324).

1. Der Erbe kann nach § 2318 Abs. 1 verlangen, daß der Vermächtnisnehmer ihm die Pflichtteilslast verhältnismäßig tragen helfe nach dem Wertverhältnis seiner Erbquote und des Vermächtnisses zu einander. Abweichungen sind

a) Abs. 2. Wenn der Vermächtnisnehmer selber pflichtteilsberechtigt ist, so kann die Abwälzung auf ihn nicht unbedingt pro rata stattfinden, sondern nur soweit, daß sein Pflichtteil unverkürzt bleibt.

b) Abs. 3. Andererseits kann der Erbe, der selber pflichtteilsberechtigt ist, die Pflichtteilslast auf den Vermächtnisnehmer sogar in höherem Maße als bloß pro rata abwälzen, nämlich so, daß ihm, dem Erben, sein Pflichtteil verbleibt, „d. h. er braucht nichts von seinem eigenen Pflichtteil, soweit er ihm hinterlassen ist, abzugeben“.[3])

2. Nach § 2319 kann ein Miterbe, der selber pflichtteilsberechtigt ist, nach der Teilung andere Pflichtteilsberechtigte mit ihren Ansprüchen insoweit abweisen, daß ihm sein eigener Pflichtteil verbleibt.

3. § 2320. Wer, wie das B.G.B. sich ausdrückt, an Stelle eines Pflichtteilsberechtigten Erbe wird, mit anderen Worten, dessen Erbportion bekommt, z. B. an Stelle eines Sohnes, der ausgeschlagen hat oder vom Erblasser ausgeschlossen worden ist, der Sohn dieses Sohnes, oder auch bei testamentarischer Erbfolge der Substituierte, ist den andern Miterben gegenüber verpflichtet, in Höhe des von ihm erlangten Vorteils die Pflichtteilslast allein zu tragen und ebenso auch ein dem Pflichtteilsberechtigten zugewendetes Vermächtnis.

Analog sind dann weiter im § 2321 die Fälle behandelt, wo jemand dadurch einen Vorteil zieht, daß ein Pflichtteilsberechtigter ein

---

[1]) 3. Aufl. S. 458.

[2]) Vorbereitungsheft.

[3]) Vorbereitungsheft.

Vermächtnis ausschlägt. Dann ist der Onerierte den andern gegenüber, die für den Pflichtteil haften, in Höhe seines Vorteils die Pflichtteilslast allein zu tragen verpflichtet.

4. Anders gestaltet ist der Fall des § 2322, wo jemandem zwar die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses durch den Pflichtteilsberechtigten zu statten kommt, aber damit zugleich auch die Last eines Vermächtnisses zufällt, mit dem der Ausschlagende beschwert gewesen war. Haftet er in diesem Falle für den Pflichtteil des Ausschlagenden, so kann er, um den Betrag dieses Pflichtteils decken zu können, das Vermächtnis kürzen.

5. Endlich fällt nach § 2323 das im § 2318 erwähnte Recht des Erben, dem Vermächtnisnehmer wegen der Pflichtteilslast einen Abzug zu machen, immer insoweit weg, als er, der Erbe, die Pflichtteilslast nicht zu tragen hat, sondern nach §§ 2320 ff. von sich abwälzen kann. Alle diese Regeln über die Abwälzung der Pflichtteilslast sind nur dispositive (§ 2324), so daß der Erblasser abweichende Anordnungen treffen kann.

Im bisherigen Recht hat man wohl auch schon durch Willensinterpretation erreicht, was das B.G.B. jetzt ausdrücklich vorschreibt.

4. Entziehung und Schmälerung des Pflichtteils.[1])
(§§ 2333—2338.)

§ 35.

Das Wort „Enterbung" ist im B.G.B. vermieden, weil es ja streng genommen natürlich nur eine Ausschließung vom Erbrecht bedeutet, der Pflichtteilsanspruch aber, wie man weiß, ein reines Forderungsrecht ist, also einem vom Erbrecht Ausgeschlossenen immer noch ein Pflichtteilsanspruch gewährt sein kann. Darum redet das B.G.B. immer von „Entziehung des Pflichtteilsrechts", d. i. gänzliche Ausschließung von der Erbschaft. Aber diese Ausdrucksweise ist unbequem; denn, weil „enterben" den Akkusativ regiert, so kann man das Passivum bilden und von einem enterbten Sohne reden, ebenso ein Substantivum: die Enterbung eines Sohnes. Das Wort „entziehen" regiert aber den Dativ und macht Sprachbildungen der angegebenen Art unmöglich.

Ein geringerer Grad der Entziehung des Pflichtteils ist noch die Beschränkung des Pflichtteils (§ 2338).

[1]) Vgl. Strohal 3. Aufl. § 57 S. 495 ff.

Das Recht zur Entziehung wird nur durch eine Schuld oder — wie das B.G.B. sich ausdrückt — durch eine Verfehlung des Pflichtteilsberechtigten begründet. Ohne solche Verfehlung kann bloß eine Beschränkung in guter Absicht, bona mente, erfolgen (§ 2338).

Die Gründe aber, welche den Erblasser zur Entziehung des Pflichtteils einem Abkömmling gegenüber berechtigen, sind im § 2333 auf nur 5 zurückgeführt. Justinian hatte bekanntlich 14, das Pr. A.L.R. 9 (A.L.R. II, 2 §§ 399 ff.). Dafür sind die Gründe des B.G.B. zum Teil sehr weitgreifend.

Die ersten 4 Nummern betreffen Verletzungen, die der Pflichtteilsberechtigte dem Erblasser zufügt:

1. Nachstellung nach dem Leben des Erblassers, des Ehegatten desselben oder eines andern Abkömmlings.

2. Vorsätzliche körperliche Mißhandlung des Erblassers oder dessen Ehegatten.

3. Verbrechen oder schweres vorsätzliches Vergehen gegen den Erblasser oder dessen Ehegatten.

4. Böswillige Verletzung der Unterhaltspflicht des Abkömmlings gegenüber dem Erblasser.

Unter Nr. 5 ist nicht eine Verletzung des Erblassers genannt, sondern sonstiges ehrloses oder unsittliches Treiben wider den Willen des Erblassers (allgemeiner als Pr. A.L.R. II, 2 § 409). So z. B. wenn der Sohn etwa als Offizier kassiert wird oder wegen eines Verbrechens ins Zuchthaus kommt.

Unter Nr. 5 würde auch der von Suarez behandelte Fall gehören. Wenn ein Sohn die vom Vater verwaltete amtliche Kasse bestiehlt, sodaß der Vater darüber sein Amt verliert, so kann der Vater ihn enterben.

Aber das alles muß wider den Willen des Erblassers geschehen sein. Wenn der Erblasser etwa dem Abkömmling Anleitung zur Unsittlichkeit gegeben hat, wenn der Vater oder die Mutter die Tochter verkuppelt hat, dann kann daraus kein Enterbungs- oder Entziehungsgrund von seiten eines parens entnommen werden.

Nach § 2336 Abs. 4 ist die Entziehung unwirksam, wenn der Abkömmling sich von dem ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel dauernd abgewendet hat. Wenn der Sohn im Zuchthaus sitzt und von dem Anstaltsgeistlichen ein Zeugnis beibringt, daß er sich im Zuchthaus gut und tadellos geführt habe — so genügt das aber wohl nicht, um seinen Pflichtteilsanspruch zu rechtfertigen. Eine dauernde Abwendung von seinem früheren Lebenswandel hat er damit noch nicht betätigt.

Weggefallen ist, was man nur billigen kann, die vom Pr. A.L.R. als halber Enterbungsgrund genannte Heirat eines Kindes wider den Willen des Vaters.[1])

Die Gründe, aus denen umgekehrt der Abkömmling Vater oder Mutter enterben kann, gibt § 2334 an. Drei Nummern des § 2333 sind wiederholt: Lebensnachstellung, Verbrechen oder schweres Vergehen gegen den Erblasser und böswillige Verletzung der Unterhaltspflicht. Hier kehrt nicht wieder der ehrlose oder unsittliche Lebenswandel. Also wenn der Vater im Zuchthaus sitzt oder die Mutter sich im Hurenhaus befindet, so bleiben diese doch gegen den Abkömmling pflichtteilsberechtigt, selbst wenn der Abkömmling dadurch, z. B. weil er Offizier ist, genötigt worden ist, Abschied zu nehmen, der Vater ihn also um seine ganze Existenz gebracht hat. Endlich sind die Gründe, aus denen ein Ehegatte dem andern den Pflichtteil entziehen kann, nach § 2335 dieselben Verfehlungen, derentwegen der Erblasser hätte auf Scheidung klagen können.

Die Entziehung kann nur durch letztwillige Verfügung erfolgen (§ 2336 Abs. 1), also in einem Erbvertrag nur als letztwillige Verfügung ohne vertragsmäßig bindende Kraft.

Der Grund der Entziehung muß zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung bestehen und in der Verfügung angegeben werden. Dies scheint dem zu widersprechen, daß der Pflichtteilsberechtigte, der sich dauernd vom unsittlichen Lebenswandel abwendet, die Entziehung unwirksam macht. Das Gesetz will aber nur die Unzulässigkeit einer Entziehung de futuro aussprechen. Also kann der Vater nicht sagen, wenn mein Sohn zum Verbrecher wird und ins Zuchthaus kommt, oder meine Tochter ein uneheliches Kind bekommen sollte, dann soll ihnen ihr Pflichtteil entzogen sein. Warum das nicht zulässig sein soll, ist nicht verständlich. Nach römischem und nach preußischem Recht ist es statthaft, denn, wie Dernburg[2]) ganz richtig bemerkt, ist es mitunter eine ganz heilsame Warnung, die der Vater für seine Kinder ausspricht.

Nach B.G.B. bleibt die Entziehung unwirksam, wenn der zukünftige Fall auch eintritt. Will man formalistisch sein, so muß man sagen: bekommt die Tochter nachträglich nach der Verfügung ein Kind, so ist die Entziehung unwirksam, weil nicht in futurum enterbt

[1]) A.L.R. II, 2 § 412.

[2]) Preuß. Privatrecht Bd. III § 202 Anm. 29 S. 562. Für das B.G.B. läßt sich anführen, daß ein unbegründetes Mißtrauen der Eltern gegen ihre Kinder oft nicht minder verhängnisvoll wirkt, als ein nicht gerechtfertigtes blindes Vertrauen.

werden kann; hatte sie schon eins, ohne daß es der Erblasser wußte, so ist das ein Fall, auf den der Erblasser seinen Willen nicht gerichtet hatte. Aber da würde allerdings anders zu interpretieren sein.[1])

Endlich liegt der Beweis des Grundes dem Gegner des Pflichtteilsberechtigten ob. Nicht der Pflichtteilsberechtigte hat seine Reinheit zu beweisen. Damit ist eine gemeinrechtliche Streitfrage entschieden.

Nach § 2337 erlischt durch die Verzeihung das Recht des Erblassers zur Entziehung des Pflichtteils, ja, durch die Verzeihung wird sogar die schon angeordnete Entziehung wieder unwirksam, in ähnlicher Weise wie bei der Erbunwürdigkeit.

Die exheredatio bona mente facta ist zwar beibehalten, aber sehr beschränkt, nämlich nur gegenüber Abkömmlingen. Als Grund ist nicht mehr, wie im gemeinen und preußischen Recht, etwa Geistesschwäche oder ganz allgemein das Beste des Pflichtteilsberechtigten, für dessen Interesse man sorgen will, als ausreichender Grund anerkannt. Nein, sondern bloß Verschwendung oder Verschuldung des Abkömmlings in dem Grade, daß sein späterer Erwerb, zu dem auch die künftige Erbschaft an erster Stelle zu rechnen ist, erheblich gefährdet erscheint.

Das Reichsgericht nahm eine exheredatio bona mente an, die sich darauf gründete, daß ein Sohn unter dem Pantoffel seiner putzsüchtigen Frau stand. Das wird in Zukunft nur möglich sein, wenn etwa der Sohn infolge der Putzsucht seiner Frau derart verschuldet oder zu einem Verschwender geworden ist, daß dadurch sein späterer Erwerb gefährdet wird.

Aber auch der Inhalt der exheredatio bona mente ist sehr eng begrenzt:

a) Der Erblasser kann anordnen, daß die gesetzlichen Erben des Abkömmlings auf seinen Todesfall als Nacherben „oder Nachvermächtnisnehmer" berufen werden. Das klingt ja so, als ob nur zur Erhaltung des Vermögens für die Familie die exheredatio bona mente zulässig sein sollte.

b) Außerdem aber kann der Erblasser mit ersterer Verfügung oder in einer zweiten die Verwaltung des Hinterlassenen einem Testamentsvollstrecker übertragen. Dann kann ja der Enterbte keinerlei Verfügung über die Substanz treffen. Aber der Abkömmling hat auch in einem solchen Falle den Anspruch auf den jährlichen Reinertrag, mag dieser noch so groß sein.

---

[1]) D. h. jedenfalls zu Gunsten der Entziehung.

Nach § 863 C.P.O. ist die Pfändung der Nutzungen der Erbschaft unzulässig, soweit sie zur Erfüllung der dem Schuldner seinem Ehegatten, seinem früheren Ehegatten oder seinen Verwandten gegenüber gesetzlich obliegenden Unterhaltspflicht und zur Bestreitung seines standesmäßigen Unterhalts erforderlich sind.

Das soll auch für den Fall des § 2338 gelten. Wenn also der bona mente exheredatus durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers beschränkt ist, so ist sein Anspruch auf den jährlichen Reinertrag in denselben Grenzen der Pfändung seiner Gläubiger entzogen.

5. Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils. (§§ 2325—2331.)[1])

§ 36.

Das Pflichtteilsrecht beschränkt den Erblasser unter Lebenden grundsätzlich nicht. Aber Schenkungen des Erblassers an dritte Personen geben doch dem Pflichtteilsberechtigten wie nach römischem Recht die bekannte querela inofficiosae donationis, so nach dem B.G.B. einen Anspruch auf Ergänzung des Pflichtteils (§ 2325), d. h. der Pflichtteilsberechtigte kann neben dem ordentlichen Pflichtteil, der von dem effektiven Nachlaß berechnet wird, noch als außerordentlichen Pflichtteil den Betrag verlangen, um welchen der ordentliche Pflichtteil sich erhöht, wenn der geschenkte Gegenstand zum Nachlaß hinzugerechnet wird.[2])

Nur solche Schenkungen bleiben nach § 2330 außer Betracht, die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen, ferner solche Schenkungen, seit deren Erfüllung zur Zeit des Erbfalls bereits 10 Jahre verstrichen sind (§ 2325 Abs. 3).[3]) Bei Schenkungen unter Ehegatten werden diese 10 Jahre erst seit Auflösung der Ehe gerechnet.

Die Schranken, die das bisherige Recht dem Anspruch zieht, sind beinahe völlig abgeschwächt oder beseitigt. Zunächst erfordert das gemeine Recht, wenn es auch bestritten ist, Vorsatz des Erblassers, den Pflichtteilsberechtigten zu beeinträchtigen, Inoffiziosität der Donation

[1]) Vgl. Strohal 3. Aufl. § 58 S. 505 ff.

[2]) Das Reichsgericht stellt mit Recht die Errichtung einer Stiftung der Schenkung gleich. Entsch. d. R.G. Bd. 54 Nr. 102 S. 399. — Nach dem B.G.B. darf niemand mehr denjenigen Teil seines Vermögens durch Schenkungen antasten, der den Gegenstand der Hoffnungen seiner späteren Pflichtteilserben bildet.

[3]) Tractu temporis convalescunt.

oder doch mindestens ein Mißverhältnis der Schenkung zu dem damaligen, zur Zeit der Schenkung vorhandenen Vermögen, sodaß der Schenker in diesem damaligen Vermögen nicht einmal den Pflichtteil des Berechtigten zurückbehielt.[1]) Anders das B.G.B. Wenn der Schenker neun Jahre vor seinem Tode, als er noch 100 000 M. im Vermögen hatte, 10 000 M. „an einen Freund oder eine Freundin" verschenkt, also vom damaligen Vermögen viel mehr als den Pflichtteil seiner Kinder zurückbehält, dann aber infolge von Unglücksfällen nichts hinterlassen hat, so sind die 10 000 M. in den jetzt Null betragenden Nachlaß hineinzurechnen, es bekommen die Kinder die Hälfte davon als Pflichtteil.

Der Pflichtteilsberechtigte braucht auch zur Zeit der Schenkung noch gar nicht existiert zu haben. Wenn der Erblasser z. B. als Junggeselle eine größere Summe verschenkt hat und dann erst heiratet und ein Kind erzeugt, so kann das Kind die lange vor seiner Erzeugung gemachte Schenkung zur Ergänzung seines Pflichtteils in den Nachlaß des Vaters hineinziehen.

Das preußische Recht hatte zwar das Erfordernis eines Mißverhältnisses zwischen Schenkung und dem damaligen Vermögen weggestrichen, aber dafür hat es nur Schenkungen aus den letzten drei Jahren für widerruflich erklärt. Aber das B.G.B. macht aus den drei Jahren des Pr. A.L.R. mehr als dreimal so viel, 10 Jahre, und bei Ehegatten müssen die 10 Jahre nicht seit der Schenkung, sondern erst seit der Eheauflösung verstrichen sein. Also der Erblasser schenkt z. B. ein Jahr nach seiner Verheiratung seiner Frau, als sie ihm einen Sohn geboren hat, und lebt dann noch 2 mit ihr zusammen bis zur silbernen Hochzeit. Der Sohn ist inzwischen 24 Jahre alt geworden. Jetzt kann der Sohn die vor 24 Jahren gemachte Schenkung noch in den Nachlaß hineinziehen.

Strohal[2]) freilich findet umgekehrt die gemachte Zeitgrenze ungerecht, wenigstens für den Fall, wo der Schenker trotz des Vorhandenseins eines Pflichtteilsberechtigten größere Summen wegschenkte, vielleicht sogar in der Absicht, diesen zu beeinträchtigen. Er beruft sich darauf, daß auch der Vertragserbe solche dolose Schenkungen noch aus früherer Zeit als aus den letzten 10 Jahren anfechten könne. Dieser hat aber den Erblasser durch Vertrag gebunden, sein Eigentum nicht zu mißbrauchen. Anders der Pflichtteilsberechtigte. Soviel ist allerdings richtig,

[1]) Durch eine Spaltung der Schenkungen war dies leicht zu umgehen.

[2]) 3 Aufl. S. 507.

daß die zehnjährige Grenze ganz außerordentlich ungerecht wirken kann. Ein Vater schenkt z. B. am 1. Januar 1900 aus Freude darüber, daß er das Inkrafttreten des B.G.B. noch erlebt hat, seinem ältesten Sohn, der ebenfalls Jurist ist, 20 000 M. Drei Tage später bittet der zweite Sohn den Vater, ihn nicht zurückzusetzen, und er bekommt nun, drei Tage später als der älteste Sohn, ebenfalls 20 000 M. Der Vater aber stirbt am 2. Januar 1910 und hinterläßt so gut wie nichts. Dann behält der ältere Sohn, weil seit seiner Schenkung bereits 10 Jahre um sind, die vollen 20 000 M. für sich. Außerdem kann er vom jüngeren Sohne, bei dem noch nicht ganz 10 Jahre verstrichen sind, verlangen, daß dieser ihm die geschenkten 20 000 M. zum Nachlaß hinzurechnen und 5000 M. als Pflichtteil an den älteren Bruder abgebe.[1])

Ein Schenker, der an einen von mehreren Pflichtteilsberechtigten etwas verschenkt und noch 10 Jahre zu leben hofft, wird daher gut tun, wenn er es will, sich auszubedingen, daß die Schenkung dem Beschenkten auf den Pflichtteil angerechnet werden dürfe.

Der Zeitpunkt, nach welchem der Wert der zuzurechnenden Schenkung sich bestimmt, ist nach § 2325 Abs. 2 bei verbrauchbaren Sachen der Zeitpunkt der Schenkung selber, dagegen bei unverbrauchbaren Sachen der Zeitpunkt des Erbfalls.

Wenn der Vater z. B. jemandem ein Grundstück geschenkt hat, dieser es kulpos auf die allertörichste Weise devastiert und dann der Erbfall eintritt, so müßte der Geschenknehmer des Grundstücks dasselbe nur nach seinem jetzigen Wert, nach dem Wert, den es zur Zeit des Erbfalls hat, zum Nachlaß zurechnen. Nur wenn umgekehrt der Wert seit der Schenkung gestiegen ist, dann soll die unverbrauchbare Sache nur nach dem geringeren Wert, den sie zur Zeit der Schenkung hatte, angerechnet werden.

Der Pflichtteilsberechtigte hat ein Recht auf Ergänzung des Pflichtteils nach § 2326 auch dann, wenn ihm die volle Hälfte seines gesetzlichen Erbteils vom Nachlaß hinterlassen ist. Damit ist er eben noch nicht voll befriedigt, weil die Hineinrechnung der Schenkungen in den Nachlaß nicht berücksichtigt war. Ja, auch wenn der Pflichtteilsberechtigte mehr als die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils vom Nachlaß erhalten hat, so fällt sein Anspruch nur in der Höhe dieses Mehr hin-

[1]) Derartige unliebsame Folgen haften an allen willkürlichen Fristbestimmungen. Die Frist erleichtert den zu Schenkungen Geneigten den Blick in die Zukunft, der ihnen aus Rücksicht auf die Pflichtteilsberechtigten aufgezwungen ist.

weg, nicht für den Rest, der noch zu dem größeren Pflichteile fehlt, der sich ergibt, falls man die Schenkungen zu dem Nachlasse hinzurechnet.

Passivsubjekt ist aber zunächst — das ist von besonderer Wichtigkeit — nicht der dritte Beschenkte, wie im gemeinen und preußischen Recht. Wenn der Pflichtteilsberechtigte nun selber Teilerbe ist, dann ist Passivsubjekt des Ergänzungsanspruchs natürlich ein Miterbe. Das ist zwar nirgends ausgesprochen, folgt aber aus der Fassung des § 2325. Von wem der Pflichtteilsberechtigte den Betrag verlangen kann, ist freilich nicht gesagt, im Sinne des Gesetzgebers aber kann er es zweifellos von demjenigen, der grundsätzlich für den Pflichtteil haftet, d. h. vom Erben.

Erst in zweiter Linie kann auch der Beschenkte mit dem Ergänzungsanspruch belangt werden. Wenn nämlich der Erbe selber pflichtteilsberechtigt ist, dann kann er nach § 2328 die Ergänzung soweit verweigern, daß ihm sein eigener Pflichtteil nebst Ergänzung verbleibt. An Stelle des Erben, der sich weigert und sich weigern darf, die Ergänzung zu leisten, tritt dann nach § 2329 der Beschenkte als Passivsubjekt ein. Er haftet dann zur Befriedigung des verkürzten Pflichtteilsberechtigten auf Herausgabe des Geschenks nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung.

Aber der Beschenkte kann, statt das Geschenk herauszugeben, diese Verpflichtung von sich abwenden durch Zahlung des zur Vervollständigung des Pflichtteils fehlenden Betrags (§ 2329 Abs. 2), Abfindung des Pflichtteilsberechtigten in bar.

Wenn aber der Erblasser mehrere Schenkungen vorgenommen hat (§ 2329 Abs. 3), so sind, wie man hinzudenken muß, alle diese Schenkungen aus den letzten 10 Jahren in den Nachlaß einzurechnen. Aber es haftet zunächst auf Ergänzung des Pflichtteils immer der zuletzt Beschenkte, und erst soweit, als durch die Haftung des Letztbeschenkten der Ergänzungsanspruch nicht bereits gedeckt wird, kann der Anspruch auch gegen den nächst früher Beschenkten gerichtet werden.[1])

Das Recht, sich an den Beschenkten zu halten, bleibt dem verkürzten Pflichtteilsberechtigten noch in einem zweiten Falle nach § 2329 Abs. 1 Satz 2; auch der Alleinerbe, der den ganzen Nachlaß einsteckt, kann doch immer noch in seinem Pflichtteil verkürzt sein. Durch Einrechnung der in den letzten zehn Jahren gemachten Schenkungen kann sich gegenüber dem Nachlaß ein bedeutendes Plus ergeben.

[1]) Je näher die Schenkung dem Tode voranging, desto rücksichtsloser war sie gegen den Pflichtteilserben.

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich noch, wenn der Pflichtteilsberechtigte auch selber ein Geschenk vom Erblasser erhalten hatte (§ 2327.)

Hat der Pflichtteilsberechtigte allein ein solches Geschenk erhalten, dann darf er es nicht dem Nachlaß hinzurechnen und so seinen Pflichtteil künstlich steigern. Der Grund hiervon steckt wohl im § 2325: „Hat der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht, so kann der Pflichtteilsberechtigte als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen" 2c. Der Dritte kann nicht der Pflichtteilsberechtigte selber sein, denn der ist ja erst der Zweite. Wenn ihm ein Geschenk gemacht ist und ihm allein, so hat er es also nicht einzurechnen.

Hat aber ein Pflichtteilsberechtigter neben einem Dritten ein Geschenk erhalten, dann greift allerdings § 2327 ein: „Hat der Pflichtteilsberechtigte selbst ein Geschenk vom Erblasser erhalten" — das ist zu interpretieren: „Hat auch der Pflichtteilsberechtigte neben einem Dritten ein Geschenk vom Erblasser erhalten" — „so ist das Geschenk in gleicher Weise wie das dem Dritten gemachte Geschenk dem Nachlasse hinzuzurechnen und zugleich dem Pflichtteilsberechtigten auf die Ergänzung anzurechnen". Aber nur auf die Ergänzung und nicht auf den Gesamtbetrag des ordentlichen und außerordentlichen Pflichtteils. Das kann einen großen Unterschied machen.

Übrigens muß auch hier wieder, wenn der Pflichtteilsberechtigte ein Abkömmling ist und sein parens ein Geschenk erhalten hat, nach § 2327 Abs. 2 der Abkömmling dies gelten lassen, als wäre es von ihm selbst empfangen.

Der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten gegen den Beschenkten verjährt nach § 2332 Abs. 2 bezw. 3 in drei Jahren seit Eintritt des Erbfalls.

Kapitel VI. Erbschaftskauf.[1])

(§§ 2371—2385.)

§ 37.

Diese Lehre stimmt im wesentlichen mit dem bisherigen Rechte überein und kann über sie kurz hinweggegangen werden. Nur zwei wichtige Punkte sind herauszuheben:

1. Der Verkauf einer dem Verkäufer angefallenen Erbschaft.

[1]) Strohal 2. Aufl. S. 576 ff. Weitere Literatur bei Landsberg, Das Recht des B.G.B. II. S. 1215.

2. Der Verkauf oder sonstige Veräußerung einer ihm nicht angefallenen, sondern von ihm durch Vertrag erworbenen Erbschaft (§ 2385).

Die Form des Erbschaftsverkaufs ist gerichtliche oder notarielle Beurkundung (§ 2371). Die Wirkung des Erbschaftsverkaufs ist nach § 2374 eine obligatorische.

Nach § 2033 kann jeder Miterbe vor der Auseinandersetzung über sein Erbteil verfügen, d. h. mit dinglicher Kraft, nicht bloß obligatorisch, der Miterbe kann vor der Auseinandersetzung sein Recht selber und damit das Eigentum u. s. w. auf einen andern übertragen, und zwar durch abstrakten Vertrag, ohne die causa angeben zu müssen. Hat der Miterbe dies zufolge eines Verkaufes getan und dabei die Verkaufskausa nicht mitangegeben, so ist auf den vorliegenden Formmangel wohl § 313 zur entsprechenden Anwendung zu bringen.[1]) Also wenn das Miterberecht und kraft desselben das Miteigentum mit dinglicher Kraft übergeht, so ist dadurch in ähnlicher Weise, wie die Auflassung den formlosen Grundstücksverkauf heilt, der Mangel, der durch Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen Kaufform mituntergelaufen war, geheilt und der Kauf seinem ganzen Inhalte nach giltig geworden.

Im gemeinen Recht ist es sehr streitig, was dem Käufer mit der Erbschaft alles gebühre. Nach dem B.G.B. gebühren dem Käufer mit der Erbschaft zugleich die Vorteile aus dem Wegfall eines Vermächtnisses, das dem Verkäufer auferlegt war, und aus der Kollationspflicht eines Miterben nach § 2372 („wohl auch aus dem Wegfall eines Nacherben")[2]). Dagegen gebühren dem Käufer nach § 2373 nicht solche Erweiterungen, die durch Wegfall eines Miterben eintreten infolge Anwachsung oder Erhöhung des gesetzlichen Erbteils, und natürlich kommt ihm auch das Vorausvermächtnis, das dem Verkäufer zugewendet war, nicht zu; denn das steht ganz außerhalb des Erbteils, den der Verkäufer verkauft hat. Ebenso verbleiben dem Verkäufer Familienbilder und Familienpapiere.

Die Wirkung des Erbschaftsverkaufs ist nicht, wie man vielleicht erwarten könnte, Eintritt des Käufers in die Erbenstellung,[3]) sondern nach § 2374 nur eine Obligation der Parteien, den Erfolg der Erbenqualität in der Person des Käufers herzustellen. Also kann der Käufer nur Herausgabe der Erbschaftsgegenstände verlangen, aber freilich nach den Regeln des Surrogationsprinzips, so daß der Verkäufer auch

[1]) Diese entsprechende Anwendung einer Ausnahmevorschrift ist nicht unbedenklich.

[2]) Vorbereitungsheft.

[3]) Die Formvorschriften für Rechtsübertragungen sollen also nicht dadurch außer Betracht kommen, daß ein Recht als Stück einer Erbschaft veräußert wird.

herauszugeben hat, was er vor dem Verkauf auf Grund des Erbschaftsrechts oder als Ersatz für Zerstörung, Beschädigung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft in Bezug auf die Erbschaft erworben hat.

Nach § 2375 muß der Verkäufer für verbrauchtes und unentgeltlich veräußertes Gut Ersatz leisten, außer, soweit der Käufer beim Abschlusse des Vertrags um den Verbrauch oder die unentgeltliche Veräußerung wußte. Jedoch verbleiben nach § 2379 Nutzungen und die Lasten mit Einschluß der Zinsen von Nachlaßverbindlichkeiten für die Zeit bis zum Verkauf dem Verkäufer. Nur gewisse Lasten, nämlich solche, die auf dem Stammwert der Erbschaftsgegenstände ruhten, und die von der Erbschaft zu entrichtenden Abgaben treffen allerdings den Käufer.

§ 2377 bestimmt, daß die durch Konfusion erloschen gewesenen Rechtsverhältnisse „im Verhältnis der Kontrahenten" als nicht erloschen gelten.

§ 2376 reproduziert die bekannten Regeln über die Gewährleistung, daß der Verkäufer nur für Mängel im Recht zu haften hat, aber nicht für Fehler einer einzelnen Erbschaftssache. „Andererseits hat der Verkäufer ein Recht auf Ersatz der notwendigen Verwendungen und der nützlichen, soweit der Wert der verkauften Erbschaft dadurch erhöht ist."[1])

Die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung der Erbschaftsgegenstände geht nach § 2380 schon mit dem bloßen Verkauf über. Das ist ein Bruch mit dem Prinzip, wonach erst mit der dinglichen Übertragung, mit dem Übergange die Gefahr übergeht.[2]) Dafür gehen mit diesem Augenblick aber auch die Nutzungen und Lasten als Kehrseite der Gefahr über.

Die Schuldenhaftung verbleibt zunächst dem Verkäufer, er ist eben nicht durch Universalsukzession der Erbschaft ledig geworden. Er kann nur vom Käufer verlangen, daß dieser die Nachlaßverbindlichkeiten erfülle (§ 2378). Den Gläubigern haftet der Verkäufer weiter. Aber auch der Käufer haftet vom Abschluß des Vertrags an den Gläubigern nach § 2382 im ganzen und auch für diejenigen Schulden, zu deren Erfüllung er dem Verkäufer gegenüber verpflichtet war, z. B. Pflichtteile, Vermächtnisse oder Zinsen von Nachlaßverbindlichkeiten.[3])

[1]) Vorbereitungsheft.

[2]) Das Geschäft über das Ganze soll an dem Untergang des einzelnen Stücks nicht scheitern. Keineswegs dann, wo dies dem Wunsch des Käufers entspricht. Da aber letzterer im einzelnen Fall oft zweifelhaft sein wird, so hilft eine allgemeine Regel.

[3]) Zur Begründung dieser Haftung vgl. W. v. Blume, Der Erbschaftskauf des preußischen Landrechts 1892 (Göttinger Dissertation).

Danach ist auch nicht einmal durch konträre Vereinbarung der Parteien diese Haftung des Käufers den Gläubigern gegenüber auszuschließen. Wenn der Verkäufer unbeschränkt haftet, also die Vorsichtsmaßregeln zur Beschränkung der Haftung versäumt hatte, haftet auch der Käufer den Gläubigern gegenüber unbeschränkt (§ 2383 Abs. 1 Satz 2). Demgegenüber ist zwar bestimmt, daß die Regeln von der Erbenhaftung auch für den Käufer gelten, er kann sich eine Inventarfrist stecken lassen, er kann den Offenbarungseid leisten.

Zur Erleichterung für die Nachlaßgläubiger bestimmt § 2384, daß der Verkäufer den Verkauf und den Namen des Käufers unverzüglich dem Nachlaßgerichte anzeigen muß und daß dieses die Einsicht in die ihm erstattete Anzeige jedem Interessenten zu gewähren hat.

Sehr gefährlich sind diese Regeln für den Verkäufer, indem er Aktiva abgibt, aber dem Gläubiger immer noch weiter haftet. Indessen wenn er seine Haftung auf die Herausgabe dessen beschränkt hatte, was sich in seinen Händen befindet, und er alle Aktiva aus den Händen weggegeben hat, so ist praktisch seine Haftung gleich null. Aber am meisten gefährdet ist der Käufer. Man erwäge, daß er den Gläubigern schon vom Abschluß des Vertrages an haftet (§ 2382). Also vielleicht eher als er irgend ein Aktivum in die Hände bekommen hat.

Daher hat er alle Ursache, in dem Augenblick, wo er abschließt, sich auch die Erbschaftswerte tradieren zu lassen, sonst kann er in die Lage kommen, die Nachlaßgläubiger aus seinem eigenen Vermögen zu befriedigen, und wenn der Verkäufer die Aktiva bei Seite zu bringen weiß, hat er womöglich das Nachsehen.

Endlich mildert § 2385 Abs. 1 die Haftung des Schenkers einer Erbschaft. Dieser braucht nicht für Gegenstände Wertersatz zu leisten, die er verschlechtert oder unentgeltlich veräußert hatte.

Das stimmt mit den allgemeinen Regeln der Haftung des Schenkers überein.

Erster Anhang.[1]

Das internationale Privatrecht.

Literatur: 1. Hugo Neumann (Berliner Rechtsanwalt): Das internationale Privatrecht. Berlin 1896. Eine von der juristischen Gesellschaft zu Berlin gekrönte Preisschrift mit einem Gesetzentwurf über das internationale Privatrecht. Sie berücksichtigt die Reichstagsvorlage fortlaufend.

2. Theodor Niemeyer: Das internationale Privatrecht. Guttentag, Berlin 1896. (Vortrag.)[2]

3. Cäsar Barazetti: Das internationale Privatrecht nach dem B.G.B. Hannover 1897. Nicht umfassend, aber übersichtlich.

4. Ernst Zitelmann: Das internationale Privatrecht. Bd. I (allgemeine Grundlagen) und Bd. II, 1. Leipzig 1897.[3] Sehr eingehend und scharfsinnig, originell gedacht, gewinnt seine Ergebnisse mehr aus allgemeinen Theorien heraus, als aus den Vorschriften des B.G.B.[4] (S. 234).

Einen Entwurf des internationalen Privatrechts nebst Motiven hatte zwar schon die erste Kommission für das B.G.B. durch den badischen Ministerialrat Dr. Gebhard ausarbeiten lassen und neben dem Entwurf des B.G.B. selber dem Reichskanzler eingereicht. Er

---

[1]) Die beiden nachfolgenden Anhänge wurden von Eck am Schlusse des Ganzen, also hinter dem Familienrechte vorgetragen (vgl. das Vorwort zum zweiten Bande).

[2]) Seitdem erschien: Niemeyer, Das internationale Privatrecht des B.G.B. 1901.

[3]) Seitdem erschien noch Bd. II, 2 im Jahre 1903. Die Grundgedanken dieses Werkes, das wegen der ebenso eigenartigen, wie eindringenden Behandlung seines Gegenstandes mit Recht für eine höchst verdienstvolle Schöpfung gilt, sind nicht ohne Widerspruch geblieben. Vgl. Cosack, Lehrbuch 4. Aufl. Bd. 1 § 12 S. 41; Enneccerus, 3. Aufl. Bd. I § 73 S. 180 Anm. 1. — Zitelmanns Satz, daß jeder Staat völkerrechtlich befugt sein müsse, die Erfüllung eines Anspruches zu befehlen, ist m. E. ein höchst beachtenswerter Widerspruch gegen die Irrlehre von der Omnipotenz der Gesetzgebungsgewalten und auch im einzelnen eine Schutzwehr gegen

wurde von der Reichsregierung, wie es scheint, aus Gründen der Politik bei Seite gelegt. Die zweite Kommission stellte einen neuen Entwurf auf und veröffentlichte ihn als Buch VI des Entwurfs eines B.G.B. in 30 Paragraphen unter der eigenartigen und charakteristischen Überschrift: „Anwendung ausländischer Gesetze". Motive aber sind, wie dem ganzen zweiten Entwurf des B.G.B., so auch diesem neu geschaffenen Teile nicht beigegeben worden. Indessen schon die Überschrift und der Text lassen erkennen, daß man hier nicht bloß für die Anwendung inländischen Rechts die Grenze ziehen wollte, sondern auch für die dem inländischen Recht nicht unterliegenden Tatbestände das

undurchführbare Theorien. Nur darin muß man Cosack beistimmen, daß dieser Satz nicht auf alle Fragen des internationalen Privatrechts eine Antwort gibt. Cosack will „jede Rechtsfrage nach dem Rechte desjenigen Staats beurteilen, der das größte öffentliche Interesse daran hat, jene Frage nach eigenem Interesse zu beantworten". Dies ist aber höchstens ein Gesetzgebungsmotiv, aus dem der Forscher nicht einen Rechtssatz prägen darf, so lange nicht eine rechtsgeschichtliche Erzeugungstatsache erwiesen ist. Auch läßt es uns im Stich, wo mehrere Staaten einer Civilrechtssache mit derselben Teilnahme oder, was noch häufiger der Fall sein wird, mit derselben Gleichgiltigkeit gegenüberstehen. Ähnliches gilt von den Formulierungen bei Enneccerus, Lehrbuch I 3. Aufl. S. 181, und der Meinung Dernburgs, Das Bürg. R. Bd. 1 § 35 Nr. 2, 3 S. 93, der auf die für das Rechtsverhältnis wichtigste örtliche Beziehung sehen und bei der Undurchführbarkeit dieses Gesichtspunktes auf das heimische Recht zurückgreifen will. — Der Herausgeber (Allg. L. S. 88 ff.) vertritt die Meinung, daß das internationale Privatrecht aus den (nach Raum und Zeit) verschiedenen Gesetzgebungszielen zu entwickeln ist, die man mit der Anwendung ausländischen Rechts im Inlande verfolgt hat und noch verfolgt. Den Ergebnissen der Forschungen Zitelmanns würde dadurch kein Abbruch geschehen; vielmehr würde jede eingehendere Durchführung des vom Herausgeber angeregten Gedankens diese Ergebnisse zu verwerten haben.

[1]) Vgl. hierzu ferner Dernburg, Bürg. R. Bd. I §§ 34 ff. S 88 ff. (daselbst auch weitere Literatur) und des Herausgebers allgemeinen Teil § 10 S. 22 f.; Kohler, Lehrbuch des bürg. R. Bd. I §§ 9 ff. II. Abschn. S. 29 ff.: Mehrheit von Rechtsordnungen, Kap. 1: Nebeneinanderbestehen. Kohler (§§ 36 ff.) geht davon aus, daß das zwischenstaatliche Privatrecht dem Völkerrecht zu überweisen und, wie es jetzt schon zum Teile durch den Haager Vertrag geschehen ist, gänzlich durch Staatsverträge zu sichern ist, worin ihm gewiß beizupflichten ist. Eine Regelung dieser Fragen durch die Einzelstaaten hat demnach nur einen provisorischen Charakter. Kohler vergleicht sie mit amtlichen Anordnungen, die neben dem Gesetzesrechte mit zwingender Kraft stehen und gibt ihnen in diesem Sinne geradezu den Namen „Amtsrecht". Daraus zieht er eine wichtige Folgerung für die Rückverweisungen (§ 45), vgl. unten S. 256 Anm. 1. Über die undurchführbare Unterscheidung der Bearbeiter dieses Rechtszweiges in Nationalisten und Internationalisten (Dernburg, Bürg. R. Bd. I § 34, VI S. 91, vgl. Enneccerus, Lehrbuch des bürg. R. 3. Aufl. Bd. I § 70 Anm. 5 S. 170, auch weitere Literatur bei Cosack 4. Aufl. Bd. I S. 38 § 12 Anm. 1.

maßgebende ausländische Recht zu bezeichnen beabsichtigte. Der Grundgedanke dabei war ein sehr weitherziger, die grundsätzliche Gleichstellung des ausländischen Rechts mit dem inländischen, welche beide, soweit sie von deutschen Gerichten angewendet werden sollten, von der Kommission näher bestimmt wurden. Dann aber fand der Bundesrat, wie es scheint, daß dieser von der Kommission ausgearbeitete Entwurf eines internationalen Privatrechts dem ausländischen Recht viel zu weitgehende Geltung beilegte. Deswegen gestaltete er den Entwurf nach der entgegengesetzten Richtung um, namentlich durch sehr starke Streichungen, aber auch durch positive Abänderungen, und zwar immer in dem Sinne, daß der Entwurf grundsätzlich nur die Maßgeblichkeit des deutschen Rechts möglichst ausdehnen sollte. Man ließ nun die Bestimmungen über das Schuldrecht und auch über das Sachenrecht beinahe ganz weg, so daß der Entwurf fast nur noch eine Regelung des Persönlichkeitsrechts, des Familienrechts und des Erbrechts enthielt, m. a. W. zu einem Personalstatut zusammenschrumpfte, und zwar im wesentlichen nur für Deutsche. Dagegen traf der Entwurf für Ausländer nach dieser Umgestaltung teils nur noch gelegentliche Bestimmungen um des Zusammenhangs willen, teils Ausnahmevorschriften, sofern sie im deutschen Interesse geboten schienen. Zugleich schied er die ganze Materie, wie bekannt, aus dem B.G.B. selber wieder aus und verwies sie in das Einführungsgesetz, wahrscheinlich, um für den Abschluß von Staatsverträgen der Reichsregierung freiere Hand zu lassen, indem sie bei solcher Gelegenheit Bestimmungen des Einführungsgesetzes leichter würde ändern lassen können, als Vorschriften des B.G.B. selber. Eine Begründung dieses umgestalteten Entwurfs ist nicht veröffentlicht und auch der Reichstagsvorlage eine Begründung nicht beigegeben worden. Aber die Reichstagskommission und der Reichstag haben auch ohne solche Begründung die sämtlichen vorgeschlagenen Bestimmungen mit ein paar stilistischen Änderungen angenommen. Sie haben dabei nicht einmal einen positiven Fehler, der mit untergelaufen war, korrigiert.[1]) So sind die Art. 7—31 des Einf.Ges. zum B.G.B. zu stande gekommen.

Eine vollständige Regelung des internationalen Privatrechts enthalten sie nun keinesfalls und insofern bilden sie denn auch materiell gar keine Kodifikation dieser Materie. Andererseits heben auch sie nach dem Kodifikationsprinzip des B.G.B. das bestehende Landesrecht über das internationale Privatrecht auf. Die Folge davon ist nun, daß so-

[1]) Eck denkt hier sicherlich an Art. 17 Abs. 2, vgl. unten S. 246.

eine höchst erhebliche Lücke entsteht, indem die Landesgesetze über so und so viel Punkte beseitigt wurden, für welche das B.G.B. keinerlei Vorschriften enthält. Die Ausfüllung dieser Lücke muß nun aus der Natur der Sache und aus allgemeinen Prinzipien entnommen werden, bis allmählich ein Gewohnheitsrecht ergänzend in dem neuen B.G.B. hinzugetreten sein wird. Wie aber diese Ergänzung des B.G.B. doch recht schwierig sein wird, so ist ebenso schwierig auch die Auslegung und die Anwendung der in den Art. 7—31 aufgestellten Regeln. Nur aus den Beratungsprotokollen der zweiten Kommission für das B.G.B. sind in dem bekannten Buch von Reatz kurze Auszüge abgedruckt.[1]) Aber auch diese Auszüge sind bei der Richtung, die später in direktem Gegensatz zur zweiten Kommission der Bundesrat verfolgt und dem Gesetze gegeben hat, nur wenig benutzbar. Also stehen wir hier Vorschriften gegenüber, die im wesentlichen aus dem Schoße des Bundesrats ebenso fertig und überraschend entsprungen sind, wie etwa Athena aus dem Haupte des Zeus.

Geschichtlich hat sich das internationale Privatrecht ja erst allmählich aus der Anerkennung des ausländischen Rechts neben dem inländischen entwickelt, die den Römern noch fremd war,[2]) aber nur bei den Germanen zugleich mit dem Eindringen des Christentums beginnt. Dabei sind nun nacheinander befolgt worden: zunächst das altgermanische Prinzip der Personalität, dem zufolge jede Person in allen Rechtsbeziehungen nach ihrem Stammesrecht beurteilt wurde: der Franke, wo er sich auch befinden mochte, bei Burgunden oder Goten, nach fränkischem Recht, und auch der Römer, der im germanischen Reich lebte, nach römischem Recht. Später ist dieses Personalitätsprinzip abgelöst worden durch das Territorialitätsprinzip, das zuerst Bartolus aufgestellt und später Savigny vertieft und innerlich begründet hat. Der Inhalt dieses Territorialitätsprinzips ist dahin zu bestimmen, daß jede Rechtsquelle ein räumlich begrenztes Gebiet und damit auch die diesem Gebiet angehörigen Rechtsverhältnisse beherrscht.[3]) Auf jedes Rechtsverhältnis aber, das einem bestimmten Gebiete angehört, ist nun

[1]) Reatz, Der Entwurf des B.G.B. in zweiter Lesung, Bd. 2 1895 S. 475 ff. Inzwischen sind die Protokolle veröffentlicht.

[2]) In dieser Allgemeinheit geht der Text sicherlich zu weit.

[3]) Die Fragestellung Savignys, die sich auf den Sitz jedes Rechtsverhältnisses richtet, brachte das internationale Recht in Fühlung mit dem zur Herrschaft gelangten Privatrechtssystem. Darin beruht das Geheimnis ihres Erfolges, der ihr auch heutzutage nicht fehlt, und nicht davon abhängt, ob man im einzelnen Savignys Antworten auf diese Frage bestimmt oder nicht.

das Recht dieses Gebiets nicht bloß dann anzuwenden, wenn innerhalb desselben das Rechtsverhältnis zur Beurteilung gelangt, sondern auch dann, wenn dies in einem fremden Gebiete geschieht.[1]) Es kommt da nur noch darauf an zu bestimmen, welcher Grund über die Gebietsangehörigkeit des einzelnen Rechtsverhältnisses oder über dessen Sitz und Schwerpunkt entscheidet, oder wie v. Bar es in seinem Werke über das internationale Privatrecht ausdrückt, welcher Grund über die Stelle entscheidet, wo der Stamm des Rechtsverhältnisses wurzelt, während seine Äste und Zweige sich in andere Gebiete hinüberstrecken mögen.

So verstanden ist das Territorialitätsprinzip auch in dem B.G.B. keineswegs preisgegeben, obwohl man das öfter zu lesen bekommt. Im Schoße der zweiten Kommission selber und auch bei Niemeyer wird beständig damit operiert, daß das Territorialitätsprinzip durchbrochen zurückgedrängt und wieder beseitigt sei u. s. w. Aber mit Unrecht! Denn auch das neue Gesetz bestimmt das anzuwendende Recht nach Maßgabe der Gebietsangehörigkeit der Rechtsverhältnisse, und das ist doch eben der Inhalt des Territorialitätsprinzips.[2]) Als Hauptgrund, welcher über die Gebietsangehörigkeit eines Rechtsverhältnisses entscheidet, erscheint freilich in dem neuen Gesetz ein anderer als in dem bisherigen Recht, nämlich nicht mehr der Wohnsitz der Person, sondern ihre Nationalität, genauer ihr Staatsbürgertum, ihre Staatsangehörigkeit. Als Personalstatut tritt also jetzt an Stelle der lex domicilii, des Wohnsitzrechts, eine lex originis, das Heimatrecht. Diese Wandlung, die die Staatsangehörigkeit oder das Heimatsrecht einer Person in den Vordergrund stellt, entspricht wohl dem Zuge unserer Zeit; denn die meisten ausländischen Staaten haben schon jetzt dieses Heimatrecht für geltend erklärt. Die Folge war daher die, daß, wenn ein Deutscher in diesen Ländern seinen Wohnsitz hatte, seine Rechtsverhältnisse zwar von den dortigen ausländischen Gerichten nach deut-

[1]) Eck verkennt nicht, wie aus dem folgenden Texte hervorgeht, daß der inländische Gesetzgeber dem auswärtigen Richter nichts anzubefehlen vermag, sondern nur dadurch auf ihn einwirken kann, daß er Staatsverträge, internationale Gewohnheitsrechtsbildungen und Gegenmaßregeln gleicher Art hervorzurufen im Stande ist.

[2]) In Wahrheit kann dasselbe Rechtsverhältnis an mehreren Gebieten in Beziehung stehen. Hier ist es Sache des Gesetzgebers, eine Auswahl zu treffen, nicht eine schon vorhandene Sachlage blos anzuerkennen. Das Rechtsverhältnis sitzt dann endgültig da, wo der Gesetzgeber es hinsetzt. Dies hängt aber von der Politik ab, die der Staat zur Zeit gegenüber den Verkehrsbeziehungen zum Auslande für erwünscht hält, soweit sie durch Gesetz und Gewohnheitsrecht anerkannt wird.

schem Recht als nach dem Rechte seiner Heimat beurteilt wurden, aber auffallenderweise seine Rechtsverhältnisse von deutschen Gerichten nach dem dortigen Recht, als dem Recht des Wohnsitzes. Das ist unbefriedigend und stärkt sehr wenig das Bewußtsein von der Bedeutung des deutschen Rechts. Auch innerhalb Deutschlands war zum Teil das Heimatrecht bereits durchgedrungen, so namentlich im sächsischen B.G.B. Daher wird die Annahme des Heimatrechts oder des Prinzips der Staatsangehörigkeit in dem B.G.B., wie Niemeyer[1]) es ausdrückt, zur internationalen Harmonisierung des Rechts erheblich beitragen.

Einzelne Anwendungen dieses Heimatrechtes haben wir auch schon jetzt in bekannten deutschen Reichsgesetzen, z. B. in der Wechselordnung Art. 84, wonach die Wechselfähigkeit eines Ausländers nach dem Rechte desjenigen Staates, dem er angehört, beurteilt wird. Ebenso wird in den Gesetzen zum Schutz des Urheberrechts vom 11. Juni 1870 und 9. Januar 1876 auf die Staatsangehörigkeit eines Urhebers Rücksicht genommen; auch vielfach in Staatsverträgen. Außerdem kann man auch als inneren Grund anführen, daß die Staatsangehörigkeit einer Person nicht so sehr von Willkür und Zufall abhängig ist, wie der Wohnsitz, den die Person jeden Augenblick wechseln kann. Aus diesen Gründen also ist sie zum maßgebenden Moment erhoben worden, und die meisten Schriftsteller haben den lautesten Beifall gezollt. Das altgermanische Prinzip der Personalität erwacht damit zu neuem Leben. Niemeyer[2]) bemerkt, daß ebenso, wie der römische Bürger einst im römischen Reich überall sich auf sein ius civile berufen konnte mit den stolzen Worten: civis Romanus sum, nun auch den Deutschen sein Heimatrecht künftig überall hin begleitet. Das klingt zum Teil einseitig und stark übertrieben; denn unser Reich ist kein Weltreich wie das römische, und wir können daher unsere Vorschriften immer nur durchsetzen, wenn der Streit um ihre Anwendung vor einem deutschen Gerichte verhandelt wird. Aber dies ist in der Regel wieder davon abhängig, daß eine Person im Inlande ihren Wohnsitz oder doch wenigstens Vermögen hat, da ja die Staatsangehörigkeit einen Gerichtsstand bei uns bis jetzt und auch nach der neuen C.P.O. nicht begründet.

Wenn aber eine Person beides, Wohnsitz und Vermögen, nicht im Inlande, sondern nur im Auslande hat, dann wird es sehr darauf

[1]) a. a. O. S. 13.
[2]) a. a. O. S. 15.

ankommen, ob, wie Endemann es ganz richtig ausdrückt, die Ausländer und das ausländische Gericht unsern prononziert deutschen Standpunkt werden gelten lassen.[1])

Vielleicht werden ausländische Staaten gerade durch diesen Standpunkt, den unsere neueste Gesetzgebung einnimmt, veranlaßt werden, auch ihrerseits das Heimatrecht ihrer Bürger noch stärker zu betonen und gegen die Ausländer überhaupt oder doch gegen die Deutschen gewisse Ausnahmevorschriften zu erlassen. Außerdem muß man erwägen, daß die Maßgeblichkeit dieses Heimatrechtes auch praktische Mängel zeigt; denn die Staatsangehörigkeit ist für Dritte durchaus nicht so leicht erkennbar, wie der Wohnsitz einer Person. Ja, oft ist die Staatsangehörigkeit der Person selber, um die es sich handelt, ganz außerordentlich zweifelhaft, wie jeder aus der Praxis weiß. Und schließlich, wenn die Staatsangehörigkeit nicht nachweisbar ist, oder wenn jemand mehreren Staaten angehört, oder wenn es sich um verschiedene Rechte innerhalb desselben Staates handelt, dem eine Person angehört, so muß schließlich doch wieder aushilfsweise auf das Moment des Wohnsitzes zurückgegriffen werden.[2]) So wird denn auch in Zukunft die lex domicilii keineswegs völlig beseitigt. Das Nationalitätsprinzip ist für Ausländer keineswegs immer als der dem Rechte der Inländer entsprechende Grundsatz aufgestellt wird, sondern bald ist gar nichts bestimmt, bald nur eine Durchbrechung der Satzung, welche dem für Deutsche geltenden Prinzip korrespondieren würde.

Über die einzelnen Artikel sagt Endemann[3]) nicht mit Unrecht, daß durch dieses System des B.G.B. ein Bild entsteht, wie es bunter gar nicht gedacht werden kann. Zwar die Vorschriften über das deutsche Recht kann man leicht in sein Gedächtnis aufnehmen, aber alle Einzelbestimmungen über ausländische Rechte sind in der Tat schwer festzuhalten.

1. Nach Art. 7 E.G. bestimmt sich die Geschäftsfähigkeit einer Person nach den Gesetzen des Staates, dem sie angehört. Das ist

---

[1]) In den Wein der Begeisterung für das Heimatrecht hat Endemann auch sonst noch Wasser gegossen, Lehrbuch Bd. 1 § 20 Anm. 9. Auch der Herausgeber zweifelt, ob nicht in der Absonderungspolitik, die es verfolgt, nur ein notwendiges, durch Rücksichten der Retorsion aufgezwungenes Übel zu sehen ist, eine Folge der Entfremdung der Völker untereinander. Für das Heimatrecht mit Entschiedenheit Kohler a. a. O. S. 49.

[2]) Innerhalb der Staaten erscheinen die Grenzpfähle der Rechtsgebiete nicht so wichtig, wie an der Landesgrenze. Nach außen treibt man eine Absonderungspolitik, wo man im Innern einer Verschmelzungspolitik folgt.

[3]) Bd. 1 § 22 9. Aufl. S. 93.

ganz allgemein ausgesprochen; hier nicht bloß für einen Deutschen, sondern auch für einen Ausländer. Eine naheliegende Konsequenz ist, daß auch die Volljährigkeitserklärung immer nur von dem Heimatstaat und nur nach dessen Recht erfolgen kann. Z. B. kann ein achtzehnjähriger Deutscher, der in Amerika wohnt, wenn und weil er ein Deutscher ist, in Deutschland für volljährig erklärt werden. Aber an dieses Prinzip sind fünf Ausnahmen angehängt, die meistens ihre Spitze gegen die Ausländer und deren Heimatrecht richten:

a) Art. 7 Abs. 2 behandelt, was nur angemessen ist, die Volljährigkeit eines Ausländers als ein erworbenes Recht. Daher bleibt ein Ausländer volljährig, auch wenn er Reichsangehöriger wird und nun nach deutschem Recht nicht volljährig sein würde. Das ist sehr wohl gerechtfertigt.

b) Nach Art. 7 Abs. 3 ist die Geschäftsunfähigkeit eines Ausländers für ein im Inlande von ihm vorgenommenes Geschäft unschädlich. Der Ausländer gilt für dieses Geschäft, das er im Inlande vorgenommen hat, stets insoweit als geschäftsfähig, als er es nach deutschem Gesetze sein würde; nur nicht bei familienrechtlichen und erbrechtlichen Geschäften und bei Geschäften über ein ausländisches Grundstück. Dieser Grundsatz galt bisher nur beim Wechselrecht (Art. 84), wonach der Ausländer, der im Inlande Wechsel ausstellt, als geschäftsfähig gilt, wenn er es nach inländischem Recht sein würde. In Rußland wird z. B. die Volljährigkeit erst mit dem 25. Lebensjahre erworben. Wenn nun ein 21jähriger Russe, der durch Berlin durchreist und mit seinem Vater oder Vormund im Hotel wohnt, bei einem Juwelier einen Schmuck für 10 000 M. kauft, den er etwa einer Schauspielerin schenken will, so ist dieser Vertrag giltig, weil der 21jährige Russe nach deutschem Gesetz geschäftsfähig sein würde, und zwar auch, wenn der Juwelier weiß, daß sein Mitkontrahent geschäftsunfähig ist, wenn also der Russe z. B. ihn auffordert, die Rechnung über die 10 000 M. an seinen Vormund zu schicken. Wenn der Juwelier den Schmuck zurückerhält und gegen den durch seinen Vormund vertretenen Russen auf Zahlung gegen Empfang des Schmuckes klagt, so muß er nach Art. 7 durchdringen.

c) Die dritte Ausnahme in Art. 8 betrifft eine Entmündigung und damit eine Entziehung der Geschäftsfähigkeit. Die Verwandlung der Geschäftsfähigkeit in Geschäftsunfähigkeit oder beschränkte Geschäftsfähigkeit dürfte folgerichtig von dem Standpunkt des B.G.B. aus doch nur gegen den Inländer stattfinden, weil die Geschäftsfähigkeit sich ja nach der Staatsangehörigkeit bestimmt. Aber Art. 8 läßt die Ent-

mündigung auch gegen einen Ausländer zu, der seinen Wohnsitz oder doch seinen Aufenthalt im Inlande hat. Wir haben hier statt Heimatrecht auf einmal wieder Wohnsitzrecht, und zwar zu Ungunsten der Ausländer.

d) Die Todeserklärung könnte folgerichtig nur gegen einen Deutschen ergehen. Aber Art. 9 läßt zu einer Todeserklärung im Inlande zunächst genügen, daß der Verschollene bei Beginn der Verschollenheit ein Deutscher war. Nach Abs. 2 kann auch ein Ausländer in Deutschland für tot erklärt werden mit Wirkung für die den deutschen Gesetzen unterliegenden Rechtsverhältnisse und für das im Inlande befindliche Vermögen;[1]) nach Abs. 3 auch dann, wenn er nur seinen letzten Wohnsitz im Inlande hatte, also ohne daß er im Inlande Vermögen hat und seine Ehefrau im Inlande geblieben oder ins Inland zurückgekehrt und eine Deutsche ist oder doch bis zu ihrer Verheiratung gewesen ist.

Diese Ausnahmen von der Geltung ausländischen Heimatrechts gehen in der Tat sehr weit. Man wird wohl erwarten dürfen, daß andere Staaten entsprechende Ausnahmevorschriften gegenüber Deutschen erlassen, z. B. deren Todeserklärung in einem auswärtigen Gebiet fortan gestatten. Denn wenn wir z. B. einen Griechen künftig für tot erklären können mit Wirkung für sein hiesiges Vermögen, so müssen auch die Griechen einen Deutschen für tot erklären können mit Wirkung für sein in Griechenland befindliches Vermögen.

e) Nach Art. 23 kann auch eine Vormundschaft oder Pflegschaft über einen Ausländer angeordnet werden, wenn der Ausländer entweder nach seinem Heimatrecht der Fürsorge bedarf, oder im Inlande entmündigt ist und der Heimatstaat die Fürsorge nicht übernimmt. Danach kann also ein Ausländer, der im Inlande entmündigt ist, bei uns auch zwangsweise in eine Irrenanstalt gebracht werden. Nur wird allerdings vorher der Heimatstaat gefragt werden müssen, ob er etwa die Fürsorge übernehmen will; und erst wenn er ablehnt, wird mit dem Ausländer, wie angegeben, zu verfahren sein.[2])

Andere Ausnahmen siehe unten bei den einzelnen Materien.

2. Recht der Vereine.

Bei einem Vereine fallen natürlich Wohnsitzrecht und Heimatrecht allemal zusammen, weil sich nach dem Sitz des Vereins zugleich auch seine

[1]) Soweit und nicht weiter reicht das Bedürfnis der Fürsorge für das inländische Rechtsleben.

[2]) Eck sieht natürlich hier von außerordentlichen Maßregeln ab, die etwa durch eine Notlage geboten sind.

Staatsangehörigkeit bestimmt. Für die Rechtsfähigkeit eines Vereins ist zwar im allgemeinen das Recht des Staates maßgebend, dem er angehört, aber Art. 10 macht ein Ausnahme bei dem einem fremden Staate angehörigen Verein. Falls ein solcher ausländischer Verein im Inlande nur durch Eintragung in das Register oder durch staatliche Verleihung rechtsfähig werden könnte, so bedarf es für seine Rechtsfähigkeit einer besonderen Anerkennung durch Beschluß des Bundesrats. Das ist wiederum eine Durchbrechung des Heimatrechts.

3. Welches Recht für die Wirkung einer Obligation im allgemeinen maßgebend sei, ist im B.G.B. merkwürdigerweise mit keiner Silbe erwähnt, eine absichtliche Lücke. Aber auch nicht einmal bei einer Deliktsobligation haben wir eine Bestimmung. Der Entwurf II § 2243 ließ hier das Recht des Tatorts, also die lex loci delicti commissi entscheiden, aber der Bundesrat hat dies gestrichen, warum, weiß man nicht. Dafür hat er einen Satz in das Gesetz hineingebracht, der seltsamerweise die gestrichene Regel als geltend stillschweigend voraussetzt und sie durch eine Ausnahme zu Ungunsten des ausländischen Rechts durchbricht. Denn Art. 12 bestimmt, daß ein Deutscher wegen einer im Auslande begangenen unerlaubten Handlung nicht weiter haftet, als nach deutschen Gesetzen. Also findet zwar prinzipiell das ausländische Recht auf ihn Anwendung, also das Recht des Tatorts, aber nur insoweit, als es nicht strenger ist als das deutsche Recht. Wenn ein Deutscher z. B. in Rußland einen Wucher verübt, der ihn dort zu mehrfachem Schadensersatz oder zur Zahlung einer poena privata an den Bewucherten verpflichtet, so kann er nach deutschen Gesetzen doch nur auf einfachen Ersatz belangt werden, und wenn die begangene Handlung in Deutschland gar nicht als Wucher erscheint, so kann er gar nicht belangt werden.[1]) Dagegen kann der Ausländer, z. B. der Russe, der in Deutschland eine Handlung begeht, die bei uns einen Wucher darstellt, aber in Rußland nicht, in Deutschland auf vollen Ersatz belangt werden.

Art. 12 enthält zwar nur diese eine Bestimmung über einen Deutschen, aber man wird doch herausinterpretieren müssen, daß dieses analog für den Ausländer im Inlande gelten muß, obwohl das E.G. eine solche allgemeine Bestimmung nicht enthält. Man versteht es hiernach, wenn manche Autoren, z. B. Endemann,[2]) sagen, das B.G.B.

[1]) Das Reichsgebiet wird in solchen Fällen zum Asyl. Eine Befürchtung von Retorsionen liegt nahe.

[2]) Lehrbuch Bd. I 9. Aufl. § 20 S. 83 Anm. 8 S. 84.

enthalte eigentlich gar kein internationales Privatrecht, sondern bloß eine Reihe von Sätzen, welche bestimmt sind, Konsequenzen aus der Staatsangehörigkeit zu ziehen. Aber im übrigen überlasse das B.G.B. das internationale Privatrecht der Regelung durch Theorie und Praxis. Das Urteil ist schon nach dem Gesagten nicht ungerechtfertigt.

4. Die Eheschließung wird zwar im allgemeinen nach dem Heimatrecht beurteilt, aber doch mit allerlei Unterscheidungen. Für die Eingehung der Ehe, genauer für die materiell-rechtlichen Erfordernisse der Ehe ist nach Art. 13 Abs. 1 in Ansehung jedes Verlobten, dessen Heimatrecht maßgebend, wenn auch nur einer der beiden Verlobten ein Deutscher ist oder die Ehe im Inlande geschlossen wird. Wenn z. B. eine Dame aus Mecklenburg einen französischen Grafen in London heiratet, dann kann jeder der beiden Gatten etwa wegen eines Irrtums über eine persönliche Eigenschaft des andern die Ehe alsdann anfechten, wenn sein Heimatrecht ihm wegen eines solchen Irrtums ein Anfechtungsrecht gibt.

Soweit statuiert Art. 13 in der Tat eine Gleichstellung von Ausländern und Inländern und von ausländischem und inländischem Recht. Aber Abs. 2 und Abs. 3 durchbrechen wieder diese Regel. Wenn die Todeserklärung eines Ausländers nach Art. 9 Abs. 2 im Inlande stattgefunden hat mit Rücksicht auf seine im Inlande befindliche Ehefrau, die entweder noch Deutsche ist oder es bis zur Ehe gewesen ist, dann wird auch die Eingehung einer neuen Ehe dieser Frau des für tot Erklärten nach deutschem Recht beurteilt. Also trotzdem, daß der Ehemann Ausländer war, und die Frau selber jetzt vielleicht nicht mehr eine Deutsche ist, so genügt, daß sie im Inlande wohnt und einmal eine Deutsche war, um ihre neue Ehe dem deutschen Recht zu unterwerfen. Ferner: Bei einer Eheschließung, die im Inlande stattfindet, ist für die Form ausschließlich das deutsche Recht maßgebend (Art. 9 Abs. 3). Ganz allgemein, also auch wenn beide Verlobte Ausländer sind. Damit ist wiederum die Maßgeblichkeit des Heimatrechts der Ausländer durchbrochen.

Wenn also etwa zwei Angehörige eines Landes, in dem noch kirchliche Eheschließung gilt, wie in Rußland, in Deutschland sich nur kirchlich trauen lassen, so ist die Ehe in Deutschland null und nichtig, natürlich, wenn nicht die Civileheschließung vorangegangen ist. Ebenso ist eine Eheschließung nichtig — das bringt die Entscheidung einer jetzt schwebenden Kontroverse mit sich —, wenn sie etwa ein ausländischer Konsul zwischen Bürgern seines Landes auf Grund seiner Landesgesetze vornimmt, ausgenommen nur den Fall, wo ein Staats-

vertrag für solche Eheschließungen vor dem Konsul eine Ausnahme begründet.

Diese Ausnahmen kehren also ihre Spitze gegen die Ausländer

5. Für die persönlichen Rechtsbeziehungen zwischen Gatten, die Deutsche sind, ist nach Art. 14 deutsches Recht maßgebend, auch wenn die Deutschen ihren Wohnsitz nicht im Inlande haben, und sogar auch dann, wenn der Mann, aber nicht auch die Frau, die Reichsangehörigkeit verloren hat. Dagegen ist über die persönlichen Rechtsbeziehungen ausländischer Ehegatten in Art. 14 etwas allgemeines ganz und gar nicht bestimmt. Für Ausländer finden wir nur die Beschränkung, nämlich daß das Aufhören der Reichszugehörigkeit des Ehemannes an der bisherigen Sachlage nichts ändert. Obwohl der Ehemann Ausländer geworden ist, kann doch, weil seine Frau Deutsche geblieben ist, nicht das Heimatrecht des Ehemanns Anwendung finden, sondern nur das Recht der Frau, das deutsche Recht.

6. Auch für das eheliche Güterrecht wird in Art. 15 wieder nur so viel bestimmt, daß es nach deutschen Gesetzen beurteilt wird, wenn nur der Ehemann zur Zeit der Eheschließung ein Deutscher war. Der Deutsche, gleichviel wo er heiratet, wo er seinen Wohnsitz nimmt, gleichviel ob er ein Deutscher bleibt oder nicht, lebt doch unwandelbar nach deutschem ehelichen Güterrecht. Damit ist die denkbar stärkste Unwandelbarkeit des ehelichen deutschen Güterrechts proklamiert, die nicht bloß Wohnsitzwechsel, sondern auch Staatsangehörigkeit überdauert.

Wie aber steht es mit dem ehelichen Güterrecht für einen Ausländer? Darüber ist wieder etwas allgemeines nicht gesagt; aber es läßt sich aus Art. 15 Abs. 2 per argumentum a contrario schließen, daß auch für sein Güterverhältnis das Heimatrecht, das er bei Eingehung der Ehe hatte, maßgebend bleiben soll. Nach Art. 15 Abs. 2 soll das Güterrecht, das sich nach seinem Heimatrecht bestimmt, nach Eingehung der Ehe fortdauern, wenn er zum deutschen Recht durch nachträglichen Erwerb der deutschen Reichsangehörigkeit in Beziehung tritt, oder dadurch, daß er seinen Wohnsitz im Inlande nimmt. Nur für den Fall zeigt der Gesetzgeber ein Interesse daran, über die Ausländer und deren Güterrecht etwas zu bestimmen. Wenn aber von den erwähnten Ereignissen ab für das eheliche Güterrecht die Gesetze des Staates maßgebend sind, dem der Mann zur Zeit der Eheschließung angehörte, dann müssen sie doch wohl auch bis dahin maßgebend gewesen sein.

Aber nun folgt eine Beschränkung. Ein Ehevertrag soll dem Ausländer, der seinen Wohnsitz im Inlande genommen oder die Reichsangehörigkeit erworben hat, auf jeden Fall gestattet sein, selbst wenn sein Heimatrecht ihm einen solchen Ehevertrag versagte.

In demselben Sinne werden Ehegatten, die Ausländer sind oder die erst nachträglich die Reichsangehörigkeit erwerben, wenn sie ihren Wohnsitz im Inlande haben, trotz der Unwandelbarkeit ihres ehelichen Güterrechts durch Art. 16 Abs. 1 der Vorschrift des § 1435 B.G.B. unterworfen, wonach eine Änderung des gesetzlichen Güterstandes in das Güterrechtsregister eingetragen werden muß, um gutgläubigen Dritten gegenüber Geltung zu erlangen. Ebenso gelten nach Art. 16 Abs. 2 bei solchen in das Inland übergesiedelten Gatten auch die Vorschriften des deutschen Rechts über die Schlüsselgewalt der Frau, über die praesumtio Muciana und über den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, jedoch nur Dritten gegenüber, soweit als sie ihnen günstiger sind wie die ausländischen Gesetze, also nicht unter den Gatten selber.

7. Endlich sind auch für das Ehescheidungsrecht die Gesetze des Staates maßgebend, dem der Mann zur Zeit der Klageerhebung angehört (Art. 17 Abs. 1).[1]) Diese Regel ist wieder eine solche, die nicht bloß für Deutsche, sondern auch für Ausländer gilt, denn sie ist ganz allgemein hingestellt. Ja hier wird sogar ausnahmsweise noch besonders Rücksicht genommen auf eine frühere Zugehörigkeit zu einem anderen Staate, denn nach Abs. 2 kann eine während dieser Zugehörigkeit geschehene Tatsache als Scheidungsgrund im Inlande nur dann geltend gemacht werden, wenn sie auch in jenem andern Staate einen Scheidungsgrund bildete. Dadurch soll offenbar verhütet werden, daß ein Ausländer nach Deutschland zieht, um sich dort auf Grund einer Tat-

[1]) Nach älteren Entscheidungen des Reichsgerichts konnte aus Art. 17, 1 wieder in Deutschland eine Scheidung von Tisch und Bett erfolgen (anders § 77 R.G. vom 6. Februar 1875), falls z. B. ein Österreicher darauf klagte (Entsch. des R.G. Bd. 47 Nr. 30 S. 136 Bd. 48 Nr. 39 S. 145 ff.). Von dieser älteren Praxis ist das Reichsgericht gegenüber widersprechenden Entscheidungen der Civilsenate abgegangen, Bd. 55 Nr. 87 S. 345 ff. (Beschluß der vereinigten Civilsenate). Die Fortdauer des Art. 77 des R.G. vom 6 Februar 1875 läßt es dahingestellt und folgert die Unzulässigkeit jeder Scheidung von Tisch und Bett für Ausländer, die diesen „eine durch nichts zu rechtfertigende Bevorzugung" gewähren würde, aus dem Worte „Scheidung" in Art. 17, dessen Bedeutung in eingehender Rücksicht auf die Vorgeschichte des Gesetzestextes erörtert wird. — Das Reichsgericht bezieht den Abs. 1 des Art. 17 auch auf die Folgen der Scheidung, insbesondere auch auf die Ehescheidungsstrafen (Entsch. des R.G. Bd. 41 Nr. 51 S. 190, 191).

sache scheiden zu lassen, die nach seinem bisherigen Heimatrecht zur Scheidung nicht ausgereicht haben würde.

Zwei Begünstigungen des deutschen Rechts enthalten Abs. 3 und Abs. 4 des Art. 17. Auch wenn bei Erhebung der Klage die Reichsangehörigkeit des Mannes erloschen ist, die Frau aber eine Deutsche ist, findet das deutsche Scheidungsrecht Anwendung. Dann kann die Ehe, wenn die Frau klagt, nach ihrem Heimatrecht geschieden werden, wenn aber der Mann klagt, nicht nach seinem Heimatrecht; denn das deutsche Recht hat hier nach Abs. 3 die Prävalenz. Abs. 4 schlägt denselben Ton an. Nämlich die Scheidung und auch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft kann nicht auf Grund eines ausländischen Gesetzes allein erfolgen, sondern nur dann, wenn auch nach deutschem Recht die Scheidung zulässig sein würde. Also eine Scheidung kann in Deutschland nie aus einem durch deutsches Recht nicht anerkannten Scheidungsgrunde ausgesprochen werden.

In Abs. 2 des Art. 17 ist übrigens ein offenbares Versehen enthalten. Er spricht von Scheidungs- und Trennungsgründen. Letzterer Ausdruck stammt aus dem Entwurf II her, der neben der Scheidung noch eine Trennung von Tisch und Bett einführen wollte. Aber diese Trennung ist durch den Bundesrat gestrichen worden, und später ist an ihre Stelle ein anderes Institut, die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, gesetzt worden. Allein Bundesrat, Reichstagskommission und auch Reichstag haben es nicht bemerkt, daß statt Trennungsgrund vielmehr hätte gesagt werden müssen: Grund zur Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft.

8. Ebenso wie im Eherecht wird nun auch für das Rechtsverhältnis der Kinder beinahe immer das deutsche Recht in den Vordergrund geschoben, so gleich in Art. 18. Die eheliche Abstammung eines Kindes wird nach deutschem Recht beurteilt, wenn der Ehemann zur Zeit der Geburt ein Deutscher war oder bei seinem Tode, der vor der Geburt des Kindes erfolgt ist, ein Deutscher gewesen ist. Das Heimatrecht des Ehemannes entscheidet auch für das Kind; und wenn er das Recht, ein Kind zu einem ehelichen zu machen, ausübt, so ist dies Heimatrecht maßgebend.

Wie aber bestimmt sich die Ehelichkeit des Kindes, wenn der Ehemann ein Ausländer war, und, während er im Inlande seinen Wohnsitz hatte, das Kind gezeugt und geboren wird? Darüber herrscht wieder tiefes Schweigen im B.G.B. Fischer-Henles Handausgabe sagt,[1]) man

[1]) 4 zu Art. 18.

werde diese Frage wohl auch nach dem Nationalitätsprinzip entscheiden müssen, weil man dieses, welches das B.G.B. doch nirgends zu Gunsten der Ausländer allgemein aufgestellt hat, kraft Analogie supponieren könne, indem man sagt: was den Deutschen allgemein recht ist, ist in dubio den Ausländern billig. Aber das ist ein Analogieschluß, für den das Gesetz einen unmittelbaren Anhalt nicht gewährt.

Ebenso sagt Art. 19: Das Rechtsverhältnis zwischen den Eltern und einem ehelichen Kinde wird nach deutschem Recht beurteilt, wenn der Vater reichsangehörig ist oder auch nur nach dessen Tode die Mutter es ist. Also, möchte man abstrahieren, ist die Staatsangehörigkeit der Eltern entscheidend für ihr Verhältnis zu einem ehelichen Kinde und, wechseln sie die Staatsangehörigkeit, müßte sich auch das Rechtsverhältnis zu ihrem Kinde ändern. Das wird aber durch Art. 19 Satz 2 abgeschnitten. Um des Kindes willen wird sein Rechtsverhältnis mit den Eltern, obwohl diese ausländische Staatsbürger geworden sind, nach den Gesetzen des Staates, dem das Kind allein angehört, beurteilt.

Etwas weiteres über das Rechtsverhältnis zwischen ausländischen Eltern und ihren Kindern ist wieder nichts gesagt.

Art. 20 wiederholt nun genau dieselben Gedanken bei einem unehelichen Kinde.

Während in den Art. 19 und 20 über Ausländer keine allgemeine Bestimmung gegeben ist, kommt eine solche wieder zum Vorschein in Art. 21. Danach bestimmt sich die Unterhaltspflicht des Vaters gegenüber dem unehelichen Kinde und seine Verpflichtung, der Mutter die Kosten der Schwangerschaft, der Entbindung und des Unterhalts zu ersetzen, nach den Gesetzen des Staates, dem die Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes angehört (entsprechend der preußischen Praxis). Also an Stelle des Wohnsitzes des Vaters tritt die Staatsangehörigkeit der Mutter. Da dies allgemein ausgesprochen ist, gilt dies auch für eine ausländische Mutter und deren Kind. Aber der hinkende Bote folgt alsbald (Art. 21 Satz 2). Nämlich die Mutter und das Kind haben niemals weitergehende Ansprüche als nach deutschen Gesetzen. Das ist ein weitgehender Satz. Ist hiernach die Mutter Französin, so hat sie selber und ihr Kind von dem deutschen Schwängerer zufolge ihres französischen Heimatrechtes nichts zu fordern, denn danach gilt bekanntlich der Satz: la recherche de la paternité est interdite. Ist aber die Mutter etwa eine Schweizerin, so müßte folgerichtig sie und ihr Kind zufolge des schweizerischen Rechts mehr zu fordern

haben als nach deutschem Recht, denn der Entwurf des schweizerischen B.G.B. bestimmt im Anschluß an das geltende Recht, daß der Mutter auch eine Genugtuung für erlittene Unbill gewährt werden muß. Allein nach Art. 21 2. Hälfte würde auch die geschwängerte Schweizerin nicht mehr zu fordern haben, als das deutsche Recht ihr zuspricht. Offenbar ist das wieder eine äußerst weitgehende Begünstigung der Deutschen und des deutschen Rechts, und man könnte sich nicht wundern, wenn ausländische Staaten mit einer entsprechenden Retorsion antworteten.[1])

9. Nach Art. 22 wirken auch die Legitimationen und Adoptionen, wenn der Vater reichsangehörig ist, nach deutschen Gesetzen. Wenn der Vater, der legitimiert oder adoptiert ein Ausländer ist, so fehlt wiederum eine allgemeine Bestimmung. Es folgt nur die Beschränkung, daß jene Akte unwirksam sind, wenn nicht die nach deutschen Gesetzen erforderliche Einwilligung erfolgt ist, die je nachdem von dem Ehegatten des zu Adoptierenden oder von dem legitimierten Kinde u. dgl. m. zu erteilen ist. Also werden auch hier wieder die Ausländer nur „in der Form“[2]) berücksichtigt.

10. Über die Vormundschaft (Art. 23) ist schon früher gesprochen worden, worauf hier verwiesen wird.

11. Das Erbrecht ist in den Art. 24—26 des E.G. geregelt. Nach Art. 24 wird ein Deutscher stets nach deutschen Gesetzen beerbt, also nach seinem Heimatrecht, ohne Unterscheidung, ob er ein Testament hinterlassen hat oder nicht. Das deutsche Recht bleibt auch dann maßgebend, wenn der Deutsche seinen Wohnsitz im Auslande hat. Damit ist also im Gegensatz zu den meisten bisherigen deutschen Rechten, insbesondere zum preußischen Recht, die maßgebende Kraft des Wohnsitzrechtes beseitigt und statt dessen das Heimatrecht zum Prinzip erhoben. Aber für zwei Ausnahmefälle wird durch denselben Art. 24 Abs. 2 und 3 auch das ausländische Recht zur Geltung gebracht oder genauer mit verwertet:

a) Hatte der deutsche Erblasser seinen Wohnsitz im Auslande, so hat dies die Folge, daß seine Erben eine Beschränkung ihrer Schuldenhaftung nicht bloß aus dem inländischen Recht ableiten können, was doch sonst für einen Erbfall maßgebend ist, sondern aus den Gesetzen, die am Wohnsitz des Verstorbenen gelten, also auch aus der lex do-

[1]) Auch hier wird das Reichsgebiet zum Asyl. Vgl. oben S. 242 Anm. 1.

[2]) So der wahrscheinlich entstellte Text. Es soll wohl heißen „in der Feststellung der erforderlichen Geschäftsform“.

micilii des Erblassers. Diese Ausnahme kommt nach dem Wortlaut des E.G. nicht bloß inländischen, sondern auch ausländischen Erben des deutschen Erblassers zugute. Sie ist geradezu geboten; denn an dem ausländischen Wohnsitz des Erblassers sind vielleicht die deutschen rechtlichen Mittel und Wege, durch die der Erbe seine Schuldenhaftung beschränken kann, gar nicht zugänglich. Es gibt dort vielleicht keine gerichtliche Nachlaßverwaltung o. dgl. m. Deshalb muß es eben genügen, wenn der Erbe auch nur die am ausländischen Wohnsitz des Erblassers erforderlichen Voraussetzungen für eine beschränkte Schuldenhaftung erfüllt hat, z. B. wenn er weiter nichts getan, als ein Inventar errichtet hat, aber nach dem Recht des ausländischen Wohnsitzes, das hier genügt. Es klingt das einigermaßen an den Satz: locus regit actum an. Wenn an diesem Wohnsitz die Haftung des Erben sogar ohne weiteres von Rechts wegen beschränkt ist, etwa auf die Höhe der Erbaktiva, so genießt diesen Vorzug auch der Erbe des dort domizilierten Erblassers ohne weiteres, obwohl dies nicht ausgesprochen ist.

Nicht so natürlich wie dieser Abs. 2 ist die zweite Ausnahme in Abs. 3 des Art. 24;

b) Wenn der deutsche Erblasser, noch ehe er reichsangehörig wurde, also noch als Ausländer, eine Verfügung von Todes wegen errichtet, oder eine solche aufgehoben hat, so soll diese Handlung nach seinem damaligen Heimatrecht, also nach ausländischem Recht, beurteilt werden. Die als Ausländer erlangte Testierfähigkeit behält er nach Erlangung seiner Reichsangehörigkeit, auch wenn ihm das nach deutschem Recht erforderliche Alter zur Testamentserrichtung fehlt. Dabei genügt aber als Form seiner Handlung die am Errichtungsorte vorgeschriebene. Wenn also etwa ein afrikanischer Neger hier in Berlin die Reichsangehörigkeit erwirbt, so bleibt sein vorher in Afrika gültig errichtetes Testament auch hier wirksam, auch wenn er dort etwa schon mit dem 12. Jahre die Testierfähigkeit erlangt und diese ausgenützt hat. Das möchte man noch hinnehmen. Aber wenn dieser Neger in Afrika auch nur hätte testieren können, es aber nicht getan hat, so kann er es hier noch immer auch vor Erreichung des 16. Lebensjahres, was doch sonst für Deutsche erforderlich ist. Diese bloße Testierfähigkeit, die er unbenützt gelassen hat, behandelt der Gesetzgeber wie ein ius quaesitum!

2. Noch viel merkwürdiger ist Art. 25. Er beginnt damit, daß auch in dem umgekehrten Falle wie in Art. 24, also bei Beerbung eines Ausländers, der seinen Wohnsitz im Inlande hatte, das Heimatrecht

des Erblassers gilt. Das scheint bei erster Betrachtung die einfache Kehrseite der für Inländer geltenden und im vorherigen Artikel ausgedrückten Regel zu sein, und man kann dabei nur die Beschränkung auffallend finden, daß der Ausländer, der nach seinem Heimatrecht beerbt wird, seinen Wohnsitz im Inlande gehabt haben muß. Man möchte meinen, wenn er seinen Wohnsitz im Auslande gehabt hat und im Inlande sich nur aufgehalten hat, müßte um so viel mehr sein Heimatrecht maßgebend sein. Aber wenn man die Entstehungsgeschichte des Artikels prüft, so ersieht man, daß der Bundesrat diesen ganzen ersten Satz des Art. 25 nebst jener Beschränkung offenbar bloß um der Ausnahme willen aufgenommen hat, die in Abs. 2 angehängt wird, und wieder eine sehr starke Begünstigung des Deutschtums enthält. Nach Satz 2 dieses Artikels kann auf den Nachlaß eines solchen in Deutschland domiziliert gewesenen Ausländers ein deutscher Erbe Ansprüche erheben, nicht bloß, wie es folgerichtig wäre, nach dem Heimatrecht des Erblassers, sondern auch nach deutschem Recht. Durch Berufung auf das deutsche Recht kann er die Erben ausschließen, die nach dem Heimatrecht des Erblassers vor oder neben ihm, dem deutschen Erbprätendenten, berufen sein würden. Also wenn ein hier domizilierter Nordamerikaner stirbt und in Amerika einen Onkel hinterläßt, der nach amerikanischem Recht als Verwandter dritten Grades Alleinerbe sein würde, daneben aber auch einen deutschen Großneffen hinterläßt, also einen Verwandten vierten Grades, der nach deutschem Recht als Mitglied der zweiten Parentel dem Onkel vorgeht, so schließt dieser deutsche Großneffe darum, weil er Deutscher ist, den amerikanischen Onkel aus, während der Großneffe, ohne Deutscher zu sein, nach dem Heimatrecht des Erblassers diesen Vorzug vor dem Onkel nicht genießen, vielmehr von ihm ausgeschlossen werden würde. Wäre nun umgekehrt der Onkel ein Deutscher und der Großneffe ein Amerikaner, dann könnte der deutsche Onkel statt seines deutschen Rechts das amerikanische für sich geltend machen und damit vor deutschen Gerichten über den Großneffen seinerseits siegen. Kurz zusammengefaßt: Für den deutschen Erbprätendenten gilt allemal dasjenige Erbrecht, das ihm günstiger ist. Man muß erwägen, daß das nicht bloß ein Gesetzesbuchstabe ist, sondern es wird, da ein in Deutschland domizilierter Ausländer doch wohl meist auch Vermögen in Deutschland hinterlassen wird, der Anspruch der deutschen Erben vor deutschen Gerichten regelmäßig auch mit praktischem Erfolge durchzuführen sein.

Ein Seitenstück dieser enormen Begünstigung der Deutschen finde ich nur in der zwischen Deutschland und Rußland geschlossenen Kon-

vention vom 12. November 1874, die den Titel führt: „Über die Regulierung von Hinterlassenschaften".[1]) Da heißt es in Art. 10: „Ansprüche, welche sich auf die Teilung des beweglichen Nachlasses sowie auf das Recht der Erbfolge in das bewegliche Vermögen beziehen, das in einem der beiden Länder von Angehörigen des anderen Landes hinterlassen wird, werden von den Gerichten oder sonst zuständigen Behörden des Staates, dem der Verstorbene angehörte, und nach den Gesetzen dieses Staates entschieden; es müßte denn ein Untertan des Landes, in dem der Nachlaß eröffnet ist, auf die gedachte Hinterlassenschaft Ansprüche zu erheben haben. In diesem letzteren Falle soll die Prüfung dieses Anspruchs an die Gerichte oder sonstigen Behörden des Landes anheimfallen, in welchem der Nachlaß eröffnet worden ist und diese haben nach den Gesetzen dieses Landes über die Rechtmäßigkeit der Ansprüche des Reklamanten und eintretendenfalls über die Rate zu entscheiden, die ihm zugeteilt werden soll."

Diese Bestimmung hat anscheinend dem Bundesrat so gefallen, daß er sie für den deutschen Erben auch, abgesehen von einer Konvention, eigenmächtig verallgemeinert hat.

Nur dann fällt nach Art. 25 Satz 2 diese Begünstigung des Deutschen fort, wenn in dem Heimatstaat des bei uns domizilierten Ausländers für die Beerbung eines dort domizilierten Deutschen ausschließlich die deutschen Gesetze gelten. Das ist nun der Fall z. B. in Italien, in Spanien, auch in einzelnen Kantonen der Schweiz, z. B. in Zürich, die bei der Beerbung das Heimatrecht des Erblassers schlechthin für maßgebend erklären. In dieser Hinzufügung am Schluß des Art. 25 tritt m. E. die diplomatische Tendenz einer Begünstigung der Deutschen deutlich zutage, die Tendenz, auch andere Staaten dazu einzuladen oder anzulocken, daß sie die in ihrem Gebiet domizilierenden Deutschen lediglich nach deutschem Recht beerben lassen sollen. Ob diese es tun werden, oder ob sie nicht umgekehrt bei Beerbung eines solchen in ihrem Gebiet domizilierenden Deutschen ihren Staatsbürgern dieselbe Begünstigung einräumen werden, die Art. 25 den Deutschen einräumt, das wird man abwarten müssen. Die Wahrscheinlichkeit spricht nicht dafür. Außerdem domizilieren wahrscheinlich viel mehr Deutsche in Rußland und Amerika als Amerikaner und Russen bei uns. Also würde eine solche Begünstigung, die andere Staaten ihren Staatsbürgern einräumen, ihnen wahrscheinlich mehr Früchte

[1]) Vgl. das Reichsgesetzblatt von 1875 S. 136.

des Erblassers gilt. Das scheint bei erster Betrachtung die einfache Kehrseite der für Inländer geltenden und im vorherigen Artikel ausgedrückten Regel zu sein, und man kann dabei nur die Beschränkung auffallend finden, daß der Ausländer, der nach seinem Heimatrecht beerbt wird, seinen Wohnsitz im Inlande gehabt haben muß. Man möchte meinen, wenn er seinen Wohnsitz im Auslande gehabt hat und im Inlande sich nur aufgehalten hat, müßte um so viel mehr sein Heimatrecht maßgebend sein. Aber wenn man die Entstehungsgeschichte des Artikels prüft, so ersieht man, daß der Bundesrat diesen ganzen ersten Satz des Art. 25 nebst jener Beschränkung offenbar bloß um der Ausnahme willen aufgenommen hat, die in Abs. 2 angehängt wird, und wieder eine sehr starke Begünstigung des Deutschtums enthält. Nach Satz 2 dieses Artikels kann auf den Nachlaß eines solchen in Deutschland domiziliert gewesenen Ausländers ein deutscher Erbe Ansprüche erheben, nicht bloß, wie es folgerichtig wäre, nach dem Heimatrecht des Erblassers, sondern auch nach deutschem Recht. Durch Berufung auf das deutsche Recht kann er die Erben ausschließen, die nach dem Heimatrecht des Erblassers vor oder neben ihm, dem deutschen Erbprätendenten, berufen sein würden. Also wenn ein hier domizilierter Nordamerikaner stirbt und in Amerika einen Onkel hinterläßt, der nach amerikanischem Recht als Verwandter dritten Grades Alleinerbe sein würde, daneben aber auch einen deutschen Großneffen hinterläßt, also einen Verwandten vierten Grades, der nach deutschem Recht als Mitglied der zweiten Parentel dem Onkel vorgeht, so schließt dieser deutsche Großneffe darum, weil er Deutscher ist, den amerikanischen Onkel aus, während der Großneffe, ohne Deutscher zu sein, nach dem Heimatrecht des Erblassers diesen Vorzug vor dem Onkel nicht genießen, vielmehr von ihm ausgeschlossen werden würde. Wäre nun umgekehrt der Onkel ein Deutscher und der Großneffe ein Amerikaner, dann könnte der deutsche Onkel statt seines deutschen Rechts das amerikanische für sich geltend machen und damit vor deutschen Gerichten über den Großneffen seinerseits siegen. Kurz zusammengefaßt: Für den deutschen Erbprätendenten gilt allemal dasjenige Erbrecht, das ihm günstiger ist. Man muß erwägen, daß das nicht bloß ein Gesetzesbuchstabe ist, sondern es wird, da ein in Deutschland domizilierter Ausländer doch wohl meist auch Vermögen in Deutschland hinterlassen wird, der Anspruch der deutschen Erben vor deutschen Gerichten regelmäßig auch mit praktischem Erfolge durchzuführen sein.

Ein Seitenstück dieser enormen Begünstigung der Deutschen finde ich nur in der zwischen Deutschland und Rußland geschlossenen Kon-

vention vom 12. November 1874, die den Titel führt: „Über die Regulierung von Hinterlassenschaften".[1]) Da heißt es in Art. 10: „Ansprüche, welche sich auf die Teilung des beweglichen Nachlasses sowie auf das Recht der Erbfolge in das bewegliche Vermögen beziehen, das in einem der beiden Länder von Angehörigen des anderen Landes hinterlassen wird, werden von den Gerichten oder sonst zuständigen Behörden des Staates, dem der Verstorbene angehörte, und nach den Gesetzen dieses Staates entschieden; es müßte denn ein Untertan des Landes, in dem der Nachlaß eröffnet ist, auf die gedachte Hinterlassenschaft Ansprüche zu erheben haben. In diesem letzteren Falle soll die Prüfung dieses Anspruchs an die Gerichte oder sonstigen Behörden des Landes anheimfallen, in welchem der Nachlaß eröffnet worden ist und diese haben nach den Gesetzen dieses Landes über die Rechtmäßigkeit der Ansprüche des Reklamanten und eintretendenfalls über die Rate zu entscheiden, die ihm zugeteilt werden soll."

Diese Bestimmung hat anscheinend dem Bundesrat so gefallen, daß er sie für den deutschen Erben auch, abgesehen von einer Konvention, eigenmächtig verallgemeinert hat.

Nur dann fällt nach Art. 25 Satz 2 diese Begünstigung des Deutschen fort, wenn in dem Heimatstaat des bei uns domizilierten Ausländers für die Beerbung eines dort domizilierten Deutschen ausschließlich die deutschen Gesetze gelten. Das ist nun der Fall z. B. in Italien, in Spanien, auch in einzelnen Kantonen der Schweiz, z. B. in Zürich, die bei der Beerbung das Heimatrecht des Erblassers schlechthin für maßgebend erklären. In dieser Hinzufügung am Schluß des Art. 25 tritt m. E. die diplomatische Tendenz einer Begünstigung der Deutschen deutlich zutage, die Tendenz, auch andere Staaten dazu einzuladen oder anzulocken, daß sie die in ihrem Gebiet domizilierenden Deutschen lediglich nach deutschem Recht beerben lassen sollen. Ob diese es tun werden, oder ob sie nicht umgekehrt bei Beerbung eines solchen in ihrem Gebiet domizilierenden Deutschen ihren Staatsbürgern dieselbe Begünstigung einräumen werden, die Art. 25 den Deutschen einräumt, das wird man abwarten müssen. Die Wahrscheinlichkeit spricht nicht dafür. Außerdem domizilieren wahrscheinlich viel mehr Deutsche in Rußland und Amerika als Amerikaner und Russen bei uns. Also würde eine solche Begünstigung, die andere Staaten ihren Staatsbürgern einräumen, ihnen wahrscheinlich mehr Früchte

[1]) Vgl. das Reichsgesetzblatt von 1875 S. 136.

abwerfen, als wenn sie die Bestimmungen träfen, zu denen sie der Schlußsatz des Art. 25 einläd.

Art. 25 läßt, bei Licht besehen, noch eine Menge Zweifel offen, so daß sich die schönsten Kontroversen entwickeln werden. Zunächst drängt sich die Frage auf, wie es sich verhält, wenn der Ausländer in Deutschland nicht seinen Wohnsitz, sondern bloß seinen Aufenthalt hatte. Man denke an den berühmten Fall in den Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 31 Nr. 40. Ein geborener Deutscher, der dann seinen Wohnsitz in Missouri genommen hatte und da steinreich geworden ist, hatte seinen dortigen Wohnsitz aufgegeben und lebte nun Jahrzehnte in Deutschland, aber immer ohne Wohnsitz, nur in Hotels, weil er unter keinen Umständen bei uns Steuern bezahlen wollte. Als er endlich nach beinahe 30jährigem Aufenthalt ohne Wohnsitz in Deutschland starb, erhob sich ein Streit zwischen den deutschen und amerikanischen Verwandten. In Deutschland lebten Bruderkinder von ihm, die nun nach gemeinem Recht Erbansprüche erhoben, in Missouri aber Schwesterenkel von ihm, die nach deutschem, aber nicht nach amerikanischem Recht zurücktreten würden.

Das Reichsgericht hat entschieden, daß, da der Erblasser keinen Wohnsitz hatte, das Recht des letzten Wohnsitzes, also das von Missouri entscheiden solle und daß danach nicht bloß die deutschen Bruderkinder, sondern auch die amerikanischen Schwesterenkel nach amerikanischem Recht zur Sukzession gelangen sollten.

Man setze, dieser Fall wiederhole sich; Niemeyer will das Vorrecht[1]) des deutschen Erben gelten lassen, wenn sich die inländischen Gerichte mit der Regulierung seiner Nachlassenschaft zu befassen haben. Dieser Grund scheint mir wenig einleuchtend. Die Gerichte lassen sich doch aus dem Nachlaß die Kosten bezahlen. Daß man den Deutschen außerdem noch ein Privileg einräumen sollte, das im E.G. nicht steht, ist unschlüssig.

Außerdem macht Art. 25 geradezu den Wohnsitz des Ausländers im Inland zur Bedingung jener Begünstigung, weil durch den Wohnsitz das Vermögen dem inländischen Recht vielmehr unterworfen wird als durch einen bloß vorübergehenden Aufenthalt. Man setze, daß jener reiche Amerikaner sich nicht 30 Jahre in Deutschland aufgehalten hat, sondern nur durch Deutschland hindurchgefahren sei und sein Vermögen etwa in einer Reisetasche mit sich geführt habe, während er in der Eisenbahn von einem tötlichen Schlage getroffen wurde. Wollte man

[1]) a. a. O. S. 24.

dann die nach deutschem Recht Erbberechtigten vorgehen lassen, so würde man damit den nationalen Egoismus noch ein gutes Stück weiter treiben, als das E.G. ihn bereits getrieben hat.

Darum ist m. E. die Frage zu verneinen. Ein solcher Vorzug der deutschen Erbprätendenten würde an das mittelalterliche droit d'aubaine erinnern, nach dem der Fremde allemal seinen Nachlaß dem Staate hinterließ, in dessen Gebiet er starb o. dgl. m.

Wenn jener hier domizilierte und hier verstorbene Amerikaner einen Onkel in Amerika hinterläßt und daneben noch zwei Großneffen, einen deutschen und einen amerikanischen, und diese Verwandten nun alle drei sich bei einem deutschen Nachlaßgerichte mit ihren Erbprätentionen melden, dann bekommt nach dem Art. 25 der deutsche Großneffe jedenfalls eine Hälfte, weil er das deutsche Erbrecht zur Geltung bringen kann. Wo aber bleibt die zweite Hälfte? Bekommt diese der amerikanische Großneffe? Das wird kaum zu bejahen sein, denn er kann nicht verlangen, nach deutschem Recht seinen Großonkel zu beerben, da er Amerikaner ist. Also bekommt sie der amerikanische Onkel? Dann kommen wir zu der sonderbaren Erscheinung, daß jener Erblasser halb nach deutschem Recht beerbt wird und halb nach amerikanischem. Oder muß man am Ende dem deutschen Großneffen schließlich auch die zweite Hälfte zusprechen, weil er sich zur Ausschließung des amerikanischen Onkels auf das deutsche Recht berufen kann und zur Ausschließung des zweiten Großneffen auf das amerikanische Recht? Diese Entscheidung entspräche wohl dem Geiste, in dem der Bundesrat den Art. 25 verfaßt hat, am meisten. Ich würde die zweite Hälfte kraft amerikanischem Recht dem Onkel zusprechen und keinen Anstoß daran nehmen, daß der Erblasser nach zwei verschiedenen Rechten beerbt wird. Das ist die Konsequenz der Anomalie, die der Bundesrat in Art. 25 ausgesprochen hat.

In Zusammenhang mit Art. 25 steht die Vorschrift des Art. 26 über den Fall, wo im Ausland ein Nachlaß eröffnet ist und dann aus diesem Nachlaß Aktiva durch Vermittelung deutscher Behörden, z. B. des deutschen Konsuls in das Inland gelangt sind, um hier den nach ausländischem Recht berechtigten Personen ausgehändigt zu werden. Dann kann der Aushändigung an diese Personen kein Dritter darum widersprechen, weil er ein Erbrecht habe, sondern die deutschen Behörden sollen das übernommene Mandat der Aushändigung an die nach ausländischem Recht berufenen Personen ausführen können ohne Rücksicht auf einen solchen Widerspruch. Aber damit ist der Anspruch dieses Erbprätendenten als solcher noch nicht materiell verworfen,

sondern es ist nur das Verfahren für die deutschen Behörden vereinfacht, die sich um diese Ansprüche nicht zu kümmern brauchen.

Es sind nun noch einige andere Vorschriften allgemeinen Inhalts zu besprechen. Zunächst der bisher übersprungene Art. 11, der im wesentlichen bisheriges Recht reproduziert. Nach ihm bestimmt sich die Form eines Rechtsgeschäftes zwar zunächst nach den Gesetzen des Ortes, wo das Rechtsgeschäft wirksam werden sollte, denn so ist wohl die etwas dunkle Wendung zu verstehen. „Die Form eines Rechtsgeschäftes bestimmt sich nach den Gesetzen, welche für das den Gegenstand des Rechtsgeschäftes bildende Rechtsverhältnis maßgebend sind." Das „den Gegenstand des Rechtsgeschäftes bildende Rechtsverhältnis" ist eine ganz neue Ausdrucksweise. Es wird wohl nichts anderes sein als die rechtliche Wirkung, die das Rechtsgeschäft hervorzubringen bestimmt ist,[1]) und da, wo diese Wirkungen eintreten sollen, muß das Geschäft auch den dort geltenden Gesetzen seiner Form nach genügen.[2]) Ist z. B. ein in Deutschland wirksam werden sollender Vertrag, der nun, weil er nach dem E.G. keiner Form bedarf, auch im Ausland nur mündlich geschlossen ist, auch dann klagbar, wenn die Gesetze dieses Auslandes, also des Errichtungsortes Schriftlichkeit vorschreiben sollten? Ein Kreditvertrag, der nach schweizerischem Recht, aber nicht auch nach dem B.G.B. schriftlicher Form bedarf, kann, wenn er nur in Deutschland zu erfüllen ist, auch in der Schweiz mündlich geschlossen worden und ist dann wirksam, weil das Gesetz des Erfüllungsortes seine Form bestimmt. Indessen fügt nun ebenso, wie schon das bisherige Recht, das den Satz locus regit actum bekanntlich fakultativ ausgebildet hat, auch Art. 11 Abs. 1 Satz 2 dieselbe Erleichterung hinzu, nämlich daß auch die Beobachtung der am Errichtungsort geltenden Formen genügt.[3]) Also kann der Disponent, der Urheber des Geschäfts, sich auch künftig auf die am Errichtungsort geltenden Formen beschränken. Z. B. ein Mietvertrag über ein in Berlin belegenes Haus für eine Dauer von mehr als einem Jahr müßte nach dem B.G.B. schriftlich errichtet werden. Aber wenn er in der Schweiz geschlossen wird, so kann er auch mündlich errichtet werden, weil eben dort dieser Vertrag einer Form nicht bedarf.

---

[1]) M. E. die rechtliche Beziehung, welche infolge des Geschäfts entstehen soll.

[2]) Es genügt hiernach bei Testamenten die Beobachtung der Form des Rechtes, das am Wohnsitz zur Zeit der Testamentserrichtung gilt. So Entsch. des R.G. Bd. 43 Nr. 38 S. 159.

[3]) Um den Abschluß des Geschäfts im Auslande zu erleichtern, unter Umständen sogar um ihn überhaupt zu ermöglichen, s. den folgenden Text.

Cosack[1]) bildet hier ein treffendes Beispiel. Wenn zwei Bürger aus Metz einen Spaziergang über die französische Grenze nach Pont-à-Mousson machen und dort sich einer für die Zechschuld des andern verbürgt, aber nur mündlich, so gewinnt der Wirt auf Grund dieser Verbürgung seine Klage, obwohl das deutsche B.G.B. für Bürgschaften Schriftlichkeit verlangt, weil die mündliche Abrede den in Frankreich geltenden Formen genügt.

Die Ehe, die Deutsche im Auslande in den dortigen Formen schließen, ist giltig, wäre sie auch in Afrika nach den dortigen Formen geschlossen, wie etwa in Meyerbeers Afrikanerin Vasco de Gama die Selica heiratet. Die Ehe würde nach dem B.G.B. wirksam sein und eine weitere Ehe mit seiner Geliebten Ines Bigamie darstellen.

Auch ein Erbvertrag oder ein Ehevertrag, die im Auslande nicht vor Gericht oder Notar geschlossen sind, wie es das B.G.B. verlangt, sondern nur unter Beobachtung der dortigen Formen, vielleicht mit einfacher Schriftlichkeit, sind im Inlande wirksam.[2])

Wie diese Beispiele ergeben, ist das Prinzip: locus regit actum hiernach keineswegs ohne Gefahr. Wenn ein Ehemann vielleicht auf einer Schweizer Reise in einem Kanton, der für den Ehevertrag einfache Schriftlichkeit erfordert, seine Frau zur Einführung der allgemeinen Gütergemeinschaft an Stelle der Gütertrennung bestimmt, in der sie bisher gelebt haben, so genügt auch für das Inland die Errichtung dieses Ehevertrags in der durch das Gesetz des Errichtungsortes vorgeschriebenen Form, also einfache Schriftlichkeit. Damit können freilich die Kautelen, die die inländischen Gesetze aufstellen, sehr wohl umgangen werden. Aber das ist auch nach dem bisherigen Recht möglich. Andererseits würde der Übelstand noch viel größer, wenn man das Prinzip: locus regit actum streichen wollte. Dann könnten Eheverträge, die in Deutschland erfüllt werden sollen, in einzelnen Fällen im Auslande gar nicht geschlossen werden, weil dort die Form nicht möglich ist, die das deutsche Gesetz verlangt. So muß man die gefährlichen Konsequenzen mit in Kauf nehmen.

[1]) Vgl. Lehrbuch Bd. I 4. Aufl. S. 43. (Ein ähnliches Beispiel, nicht das im Texte erwähnte.)

[2]) Aus dieser Rücksicht auf Personen, die im Auslande Rechtsgeschäfte schließen wollen, ergibt sich, daß das Einführungsgesetz für das Vermögensrecht verkehrsfreundliche Ziele verfolgt, während es im Personenrecht den Ausländern gegenüber Absonderungstendenzen huldigt. Bei Börsentermingeschäften ist der Grundsatz locus regis actum absichtlich von § 68 des Börsengesetzes durchbrochen worden, um zu verhüten, daß Inländer unter Umgehung der Eintragung ihre Börsentermingeschäfte in das Ausland verlegen (Entsch. des R.G. Bd. 55 Nr. 44 S. 185).

Indessen enthalten Art. 11 Abs. 2 und Art. 13 noch zwei Ausnahmen von der fakultativen Regel: locus regit actum.

a) Dieser Satz gilt nicht bei Rechtsgeschäften über ein Recht an einer Sache, also bei Rechtsgeschäften über ein dingliches Recht. Hier muß die Form des Ortes der Wirksamkeit beobachtet werden. Also nicht bloß, wie man selbstverständlich finden möchte, bei Grundstücken und grundbuchmäßigen Rechten, über die ein Geschäft geschlossen wird, sondern auch bei beweglichen Sachen. In Frankreich z. B. kann bekanntlich Eigentum an Mobilien durch bloßen Vertrag übertragen werden. Aber wenn die Sache, die etwa ein Deutscher auf der bevorstehenden Ausstellung in Paris einem andern Deutschen übereignen will, sich in Deutschland befindet, dann genügt der bloße in Paris geschlossene Vertrag nicht, sondern hier muß die lex rei sitae beobachtet werden. Man wird vielleicht denken, daß dann der Deutsche, der das Eigentum übertragen wolle, es mit dem constitutum possessorium bewirken könne. Wenn er selber den Besitz hat, allerdings. Aber wenn er den Besitz nicht hat, wenn er z. B. ein Gemälde, das er zuhause in seiner Wohnung hat, in Paris einem andern übereignen will, und nicht weiß, daß ihm das Gemälde in der Nacht vorher entwendet worden ist, so kann er mit dem constitutum possessorium auch kein Eigentum übertragen.

Es ist zu betonen, daß die Ausnahme nur von einem Recht an einer Sache gilt. Also ein Mietvertrag würde nicht darunter fallen, denn die Miete ist im B.G.B. nach der richtigen Auffassung ein obligatorisches Recht.

b) Die zweite Ausnahme in Art. 13 Abs. 3 geht umgekehrt dahin, daß der Satz locus regit actum bei einer Eheschließung im Inlande nicht bloß fakultativ, sondern sogar obligatorisch gilt. Da muß die inländische Form beobachtet werden und es genügt nicht die Form, die am Ort der Wirksamkeit der Ehe gesetzlich vorgeschrieben ist. Ein Mann, der in Rußland seinen Wohnsitz hat und eine Berlinerin heiratet, kann in Berlin nicht nach russischem Ritus wirksam eine Ehe schließen, sondern nur nach der Regel: locus regit actum, im Sinne des Ortes, an dem der Geschäftsabschluß erfolgt.

Art. 27 betrifft die Rückverweisung, ein in letzter Zeit enorm viel behandeltes Thema.[1]) Die Verweisung auf ein ausländisches Recht, be-

[1]) Literatur s. bei Niemeyer, Das internationale Privatrecht, 1901, S. 79. Über Weiterverweisungen an ein drittes Recht vgl. Dernburg, Bürg. R. Bd. I § 36 S. 97, und Enneccerus Bd. I § 72 S. 177. — Es liegt in der Zurückverweisung

sonders auf das Heimatrecht einer Person, hat eine Schwierigkeit im Gefolge, wenn nach diesem ausländischen Recht selber wieder das inländische Recht maßgebend sein müßte. Man setze: Ein in Deutschland domizilierter Schweizer verstirbt. Dann verweist unser E.G. bezüglich der Erbfolge auf das Heimatrecht des Erblassers. Aber das schweizerische Heimatrecht bestimmt wieder, daß die Erbfolge nach dem Wohnsitz zu regeln ist. Das führt dann wieder zurück auf das deutsche Recht. Hier scheint also eine Art juristisches Spiegelkabinett zu entstehen, oder beide Gesetzgeber scheinen mit einer Sache Fangball zu spielen, indem einer dem andern die Entscheidung zuschiebt. Darum haben neuerdings eine ganze Anzahl gelehrter Ausländer und Inländer, von den Inländern am schärfsten Dr. Cahn (Jahrbücher für Dogmatik Bd. 30 S. 23) diese ganze Zurückverweisung für ein Unding erklärt und behauptet, das inländische Recht, welches auf das ausländische verweise, entscheide in Wahrheit damit bereits die Frage auf Grund des ausländischen Rechtes, und es könne also gar nie zu einer Zurückverweisung von seiten des ausländischen Rechtes kommen. Prinzipieller ausgedrückt: Die Verweisung, die das inländische Recht auf das ausländische vornimmt, sei nichts anderes als die Vorschrift für den inländischen Richter den ausländischen Rechtssatz unmittelbar anzuwenden und sich in keinem Falle wieder zurückverweisen zu lassen. Diese Theorie teilen auch viele Ausländer.

Gegen diese Lehre hat unlängst v. Bar in Böhms Zeitschrift für internationales Privatrecht Bd. 8 S. 177 ff. einen, wie ich glaube, überzeugenden Aufsatz veröffentlicht. Und jedenfalls hat das E.G. Art. 27 die Cahnsche Lehre verworfen. Da ist bestimmt, daß die Zurückverweisung, die das fremde Recht enthält, von Deutschland anzunehmen und nun nach deutschem Recht zu entscheiden sei. Also wäre jener Schweizer nach deutschem Recht zu beerben.

Hier ist, was der Bundesrat mit Vorliebe erstrebt, die Anwendung des deutschen Rechtes erweitert und auf einen bisher streitigen Fall ausgedehnt. Die Folge ist freilich eine verschiedene Behandlung der Ausländer in Deutschland, je nachdem das Heimatrecht des einzelnen

---

etwas von der Regel: beneficia non obtruduntur. Wenn der fremde Staat, dem wir eine Sache rücksichtsvoll überweisen, sie nicht haben will, sondern bescheiden zurücktritt, so wollen wir ihm nicht im Wege stehen. Deshalb vermag ich ungeachtet der sehr beachtenswerten Ausführungen Kohlers (Lehrbuch Bd. I S. 43) nicht die ganze Zurückweisung für einen Mißgriff zu erklären. Auch die oben S. 245 Anm. 1 angeführten Entscheidungen des R.G. stehen hinsichtlich der Rückverweisung auf dem von Eck vertretenen Standpunkte.

Ausländers die Verweisung auf die lex domicilii vornimmt oder nicht. Niemeyer hat eine Anzahl solcher Beispiele zusammengestellt.[1]) Man setze:

1. Eine 15jährige Argentinierin will in Deutschland, wo sie domiziliert ist, zur Ehe schreiten. Nach argentinischem Recht tritt Ehemündigkeit weiblicher Personen schon mit dem 12. Jahre ein, und nach dem B.G.B. ist die Eingehung der Ehe in Ansehung eines jeden Verlobten nach dessen Heimatrecht zu beurteilen. Aber nach argentinischem Gesetz ist die Geschäftsfähigkeit nach dem Wohnsitzrecht zu beurteilen. Infolgedessen ist also hier das deutsche Recht maßgebend. Die 15jährige Argentinierin kann also hier ihre Ehe nicht schließen. Dagegen würde in einem ganz gleich liegenden Fall, wenn es sich um eine 15jährige Italienerin handelte, die Entscheidung entgegengesetzt lauten, da das italienische B.G.B. weibliche Personen mit 15 Jahren ehemündig werden läßt und die Fähigkeit zur Eheschließung nach dem Heimatrecht bestimmt, nicht aber nach dem Wohnsitzrecht.

So kann die 15jährige Italienerin bei uns genau das tun, was die 15jährige Argentinierin nur in ihrer Heimat schon seit drei Jahren tun konnte.

2. Ein englisches Ehepaar nimmt sein erstes und bis jetzt einziges Domizil in Deutschland. Nun ist nach dem E.G. für das eheliche Güterrecht im allgemeinen das Heimatrecht des Ehemanns maßgebend. Das wäre also das englische Recht. Aber das englische Common Law erklärt hinsichtlich des ehelichen Güterrecht die lex domicilii für maßgebend, verweist also hier auf deutsches Recht. Dann akzeptieren wir die Verweisung und das englische Ehepaar lebt nach dem deutschen Güterstand der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung. Dagegen würde für ein französisches Ehepaar unter ganz gleichen Umständen die Entscheidung wieder umgekehrt lauten. Sie würden nach französischem Güterrecht leben; denn das französische Recht enthält keine Vorschrift, welche auf die lex domicilii verweist.

Endlich: Ein Bürger der Vereinigten Staaten von Amerika stirbt, während er in Deutschland sein Domizil hat. Nun ist nach dem E.G. für die Erbfolge regelmäßig das Recht des Heimatstaates, hier also das amerikanische Recht maßgebend. Da nun aber nach dem nordamerikanischen Common Law für das Erbrecht das Recht des letzten Wohnsitzes maßgebend ist, so tritt Rückverweisung an Deutschland ein. Diese wird akzeptiert und der Amerikaner nach deutschem Recht beerbt.

[1]) a. a. O. S. 26, 27.

Die Erbfolge eines Franzosen, Italieners oder Spaniers müßte dagegen unter ganz gleichen Umständen nach deren Heimatrecht beurteilt werden.

Niemeyer fügt hinzu:[1]) man sieht, daß hiernach die in Deutschland wohnenden Ausländer in zwei große Klassen zerfallen, in solche, die nach ihrem Heimatrecht und solche, die nach deutschem Recht beurteilt werden. Zu der ersten Klasse gehören: Holländer, Spanier, Griechen, Franzosen usw.; zur zweiten Klasse: Engländer, Nordamerikaner, Dänen, Norweger, Schweden, Argentinier usw. Es wird in Zukunft allerdings öfters Aufsehen erregen, daß Ausländer in Deutschland mit ganz ungleichem Maß gemessen werden.

Entsprechend ist zu entscheiden im Falle der Weiterverweisung, den das E.G. gar nicht erst erwähnt. Der Fall wird freilich etwas kompliziert. Setzen wir, ein in Deutschland domizilierter Ausländer stirbt und der größte Teil seines Vermögens befindet sich weder in Deutschland noch in seinem Heimatland, sondern ist etwa auf der englischen Bank deponiert. Sein Heimatrecht, das zunächst für die Beerbung maßgebend sein müßte, verweist für die Erbfolge etwa auf das Recht des Ortes, wo sein Nachlaßvermögen sich befindet, und das Recht dieses Ortes verweist wieder auf das Recht des Wohnsitzes. Dann kommen wir wieder nach Deutschland zurück. Das E.G. entscheidet den Fall nicht ausdrücklich, aber es wird nach Art. 27 analog zu entscheiden sein. Deutschland wird wieder diese Weiterverweisung akzeptieren und jener Ausländer wird nach deutschem Recht beerbt werden.

Eine Ergänzung des Prinzips der Staatsangehörigkeit enthält für Heimatlose Art. 29, wonach, wenn eine Person keinem Staate angehört, das Recht des letzten Heimatstaates eintritt, und wenn auch ein solches fehlt, das Recht des Wohnsitzes, in dritter Linie das des Aufenthalts, endlich in letzter Linie das Recht desjenigen Wohnsitzes oder Aufenthalts, den die Person zu der maßgebenden Zeit gehabt hat. In dieser Art pflegte man sich auch bisher schon zu helfen. Da, wo nicht der Wohnsitz primär das Recht bestimmt, ließ man es subsidiär eintreten, wenn das Heimatrecht versagte.

Eine Durchbrechung des Personalstatutes, mag es Heimatrecht oder Wohnsitzrecht sein, wird unvermeidlich — das wird schon im bisherigen Recht angenommen —, wenn einzelne Gegenstände sich nicht im Bereich desjenigen Staates befinden, dessen Recht der Regel nach

[1]) a. a. O. S. 27.

maßgebend sein müßte; wenn sie sich vielmehr auf dem Gebiete eines andern Staates befinden, der sie als besonderes Vermögen behandelt und besonderen zwingenden Vorschriften unterwirft, so läßt Art. 28 das Personalstatut zu Gunsten der lex rei sitae zurücktreten. Z. B. läßt das russische Recht bekanntlich Erbfolge in russische Grundstücke nur nach russischem Recht stattfinden, das nordamerikanische Recht läßt die Vertretung eines ausländischen Mündels bei Verfügungen über amerikanische Grundstücke durch keinen anderen Vormund zu als durch einen nach dem Recht des Grundstücksortes bestellten. Dadurch wird also das allgemeine Erbrecht resp. das allgemeine Vormundschaftsrecht ausgeschlossen.[1])

Ganz ebenso soll nun auch das deutsche Fideikommißrecht oder Anerbenrecht in Bezug auf das im Inland befindliche Vermögen dem durch die Staatsangehörigkeit des Erblassers bestimmten Recht vorgehen. Um ein berühmtes Beispiel zu erwähnen: Wenn der Fideikommißbesitzer Fürst Blücher das preußische Staatsbürgerrecht und die Reichsangehörigkeit aufgegeben hat, englischer Untertan geworden ist und nun nach seinem Tode nach englischem Recht beerbt wird, so wird doch das Fideikommißvermögen, das er im Inlande hinterläßt, von der Erbfolge ausgeschieden und besonderen Vorschriften unterworfen.

Die Anwendung des ausländischen Rechts im Inlande wird auch noch dann ausgeschlossen, wenn dessen Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde (Art. 30), also, wie die Franzosen sagen, gegen l'ordre public.[2])

Die Anwendung dieser angemessenen Regel kann zu großen Zweifeln führen. Gegen die guten Sitten würde z. B. die Anwendung des ausländischen Rechts verstoßen, wenn Sklaverei oder bürgerlicher Tod im Inlande geltend gemacht werden sollten. Wie aber steht es mit der Doppelehe eine Muhamedaners? Endemann[3]) will daran keinen Anstoß nehmen. Ich glaube aber, daß hier die Anwendung des ausländischen Rechts gegen die guten Sitten verstößt. Uns ist eben die Monogamie nicht bloß etwas rechtlich, sondern auch sittlich Gebotenes. Ob nicht

[1]) Eine Anerkennung der Machtgrenzen, die den Staaten bei der Antwort auf die Fragen des internationalen Rechts gezogen sind.

[2]) Auf ausländische Börsentermingeschäfte ist Art. 30 E.G. nicht ohne weiteres anzuwenden (Entsch. Bd. 55 Nr. 44 S. 185). Seine Anwendbarkeit auf die Scheidung von Tisch und Bett läßt die erwähnte Entscheidung der vereinigten Civilsenate (oben S. 245 Anm. 1) dahingestellt.

[3]) Lehrbuch 9. Aufl. § 21 Anm. 28 S. 92.

die Kinder aus besonderen Gründen als legitime behandelt werden könnten, ist eine andere Frage. Die Frauen aber dürften im Inlande ihre Rechte als Ehefrauen nicht geltend machen.

Auch die Zulässigkeit eines wucherischen Geschäftes wäre so zu beurteilen. Ein solches ist gegen die guten Sitten; darum kann jemand, der durch ein Geschäft im Auslande bewuchert worden ist, im Inlande gewiß nicht auf Erfüllung verklagt werden.

Zweifelhafter wird die Sache, wenn es sich darum handelt, ob die Anwendung des ausländischen Rechtes gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde. Wenn ein Ausländer z. B. gegen seine Braut auf Erzwingung eines Eheversprechens klagt, weil nach dem Recht seiner Heimat ein solches Versprechen klagbar ist, so müßte die Klage zurückgewiesen werden, weil sie gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstößt, das eben die Ehe nur als Sache freier Neigung zu stande kommen lassen will. Wenn ferner eine Klage erhoben wird aus einem Anspruch, der nach ausländischem Recht unverjährbar ist, während die deutsche Verjährungsfrist längst verstrichen sein würde, so könnte man auch da die Unverjährbarkeit nicht gelten lassen, ohne gegen den Zweck des deutschen Verjährungsgesetzes zu verstoßen. In Frankreich ist eine Klage aus gewissen Spielkontrakten zulässig, aus dem jeu de la paume usw. Wenn nun jemand in Deutschland eine Summe einklagt, die er im Ballspiel in Frankreich von einem andern gewonnen hat, so ist es zweifelhaft, ob dies zulässig ist. Man setze z. B., die beiden Metzer, die nach Pont-à-Mousson gegangen sind,[1]) da eine Zechschuld kontrahiert haben und sich für deren Bezahlung mündlich verbürgt haben, hätten daneben Lawn Tennis gespielt und der eine hätte von dem andern eine Summe gewonnen, die er in Deutschland einklagt unter Berufung darauf, daß der Vertrag in Frankreich geschlossen sei, die Summe auch dort bezahlt werden sollte. Ich glaube, daß dies dem Zweck eines deutschen Gesetzes, das den Richter nicht mit Spielhändeln befassen will, widerspricht. Wenn selbst bei Differenzgeschäften die Klage ausgeschlossen ist, müßte man sie bei anderen Spielkontrakten noch viel mehr ausschließen.

Zum Schluß gestattet Art. 31 auch Retorsion oder Vergeltung. Der Reichstag kann mit Zustimmung des Bundesrats bestimmen, daß gegen einen ausländischen Staat, sowie dessen Angehörige und ihre Rechtsnachfolger ein Vergeltungsrecht zur Anwendung gebracht werde. Der Wortlaut ist genau derselbe, den wir schon in andern Reichs-

[1]) Vgl. oben S. 255 Anm. 1.

gesetzen haben, z. B. im Reichspatentgesetz vom 7. April 1891 § 12 und auch im Reichsgesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 § 22, woselbst allerdings ein anderes formuliertes Wiedervergeltungsrecht anerkannt ist. Auch die K.O. kommt an zwei verschiedenen Stellen in Betracht.

Das Vergeltungsrecht bezieht sich aber nur auf eine rechtliche Zurücksetzung des Deutschen gegen andere. Wenn z. B. in Rußland und auch in den meisten Staaten von Nordamerika Ausländer kein Grundeigentum erwerben können, ließe sich daraufhin in Deutschland das gleiche hinsichtlich der Russen und Nordamerikaner festsetzen.

Es fragt sich, ob bei dem allgemein lautenden Ausdruck Vergeltungsrecht nicht am Ende auch eine Zurücksetzung ohne Rechtssatz bloß durch tatsächliche Praxis mit einbegriffen sein würde. Endemann behauptet das in der Tat.[1]) Die spanischen Erbschaftsschwindler, die beständig Deutsche ausbeuten und gegen die bei den spanischen Behörden niemals Hilfe zu finden ist, oder die betrügerischen holländischen Lotterieloshändler würden hiernach Deutschland das Recht zur Retorsion geben. Ich glaube aber nicht, daß der Reichskanzler eine mangelhafte Praxis gestatten und etwa den Oberreichsanwalt veranlassen kann, die Staatsanwälte anzuweisen, keine Anklage gegen deutsche Erbschaftsschwindler, die Spanier betrügen, zu erheben. Ebensowenig können Gerichte angewiesen werden, von ausländischen Gläubigern, Spaniern oder Holländern, grundsätzlich keine Klage anzunehmen.

Solche tatsächlichen Verletzungen können freilich ebenfalls vergolten werden, aber auch nur tatsächlich durch Repressalien. Das Vergeltungsrecht des Art. 31 ist dagegen ein enger Begriff und setzt eine rechtliche Zurücksetzung voraus.

Rückblick: Die Regelung des internationalen Privatrechts enthält zahlreiche Lücken, namentlich für Ausländer in großer Menge. Niemeyer[2]) teilt aus den verschiedensten Rechtsmaterien Beispiele mit, wo für Ausländer gar kein Recht im E.G. vorgeschrieben ist. Noch auffallender ist es, daß auch für Inländer ganz erstaunliche Lücken übrig bleiben. Man vergegenwärtige sich, was alles nicht besprochen worden ist. Es fehlt jede Vorschrift über Inhalt und Wirkung obligatorischer Verträge. Das ist gerade jetzt eine der brennendsten Kontroversen, die sehr gut hier hätte gelöst werden können, wie es auch die zweite

[1]) Lehrb. 9. Aufl. § 21 Anm. 29 S. 93.

[2]) S. 15 ff.

Kommission beabsichtigte. Es ist streitig, ob Inhalt und Wirkung obligatorischer Verträge nach dem Ort der Vertragsschließung bestimmt werden können. Das wollte die zweite Kommission und hat es auch in den Entwurf aufgenommen, aber der Bundesrat hat es gestrichen. Soll da der Wohnsitz des Schuldners maßgebend sein, wie es Bar verteidigt, oder der Erfüllungsort, was Savigny behauptet? Ich würde das letztere vorziehen.[1])

Weiter fehlt im E.G. auch jede Vorschrift über dingliche Rechte und Besitz. Der Entwurf des B.G.B. enthielt darüber Vorschriften (§ 2241 des Entwurfs II). Sie sind gestrichen worden. Warum, weiß nur der Bundesrat, publiziert ist darüber nichts. Gerade bei manchen dinglichen Klagen, beim Pfandrecht usw., könnte dies äußerst erheblich werden. Da käme man übrigens wieder auf die Frage, ob nicht die Anwendung des ausländischen Gesetzes unter Umständen gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen könnte. Wenn z. B. im Ausland ein Deutscher eine bewegliche Sache durch bloßen Vertrag verpfändet, also nicht als Faustpfand gegeben hat, und dann in das Inland zurückkehrt, so kann m. E. der Gläubiger sein Pfandrecht nicht geltend machen, weil die Anwendung des ausländischen Rechtes gegen den Zweck des deutschen Gesetzes verstoßen würde, welches Sichtbarkeit aller Pfandrechte bestimmt.[2])

Über Obligationen und unerlaubte Handlungen ist beinahe nichts gesagt, ebensowenig über die Verjährung. Die erste Frage würde sein, ob die Verjährung ein prozessualisches oder ob sie ein materielles Institut ist. Danach müßte sich das der Klage zu Grunde liegende Recht bestimmen. Gewiß ist im letzteren Sinne zu entscheiden.

Doch ich will die Einzelheiten nicht häufen.

Neben diesem lückenhaften Reichsrecht bleiben die den Landesgesetzen vorbehaltenen Materien maßgebend, also das für diese Materien geltende bisherige internationale Landesprivatrecht.

---

[1]) Man könnte auch an das Wort in dubio pro reo denken und das dem Schuldner günstigste Recht anwenden. M. E. läßt sich diese Frage überhaupt nicht aus dem Wesen der Schuldverhältnisse entscheiden. Doch spielte hier die Selbsttäuschung eine große Rolle. Man bildete sich ein, daß eine besondere Beziehung zwischen der Forderung und der Territorialgewalt ihres Erfüllungsortes bestehe und griff danach mit beiden Händen, um überhaupt in der Notlage zu einer Entscheidung zu kommen. Daraus entstand ein Gewohnheitsrecht, das wir als unentbehrlichen Helfer in der Not zu begrüßen haben

[2]) M. E. sehr bedenklich. Grenzüberschreitung der Pfandstücke bewirkt dann Pfandfreiheit.

Kurz, diese Regelung des internationalen Privatrechts ist kein Meisterwerk, wenigstens kein juristisches Meisterwerk; ob es ein diplomatisches Meisterwerk ist, wage ich nicht zu beurteilen. Es wird für die Juristen schwierige Arbeit aus diesem lückenhaften Recht erwachsen. Freilich begrüßt Niemeyer[1]) gerade dies mit großer Freude.[2]) Er meint, diese außerordentlichen Lücken werden die deutsche Jurisprudenz mächtig anregen, und in dieser Anregung liegt auch die Garantie glücklichen Gelingens. Man kann nur wünschen, daß die Zukunft ihm wirklich recht gebe.

[1]) a. a. O. S. 44.

[2]) Die Lückenhaftigkeit wird hoffentlich das Streben nach immer weitergreifenden Staatsverträgen verstärken.

Zweiter Anhang.

Übergangsvorschriften.[1]

Habicht: Die Einwirkung des B.G.B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. (Jena 1899, 3. Aufl. 1903); eine äußerst gründliche Arbeit, klar und scharfsinnig, nur stellenweise etwas breit.[2])

Das E.G. regelt diese Lehre in den Art. 153—217 so ausführlich, wie bisher noch kein anderes Gesetzbuch. (Das preußische G.B. hatte nur 11 Artikel.) Sie war schon zur Zeit des ersten Entwurfs im E.G. geregelt. Infolgedessen beziehen sich auf diesen sowohl die Motive zum E.G. als auch die Kommissionsprotokolle. Daß Gesetze keine rückwirkende Kraft haben, das ist zwar nirgends allgemein ausgesprochen, aber stillschweigend zu Grunde gelegt,[3]) jedoch nicht als ein

[1]) Auf die Übergangsvorschriften bezieht sich Art. 85 E.G. nicht, daher sind auch die zu Gunsten der Landesrechte gemachten Vorbehalte auf sie nicht zu beziehen. Entsch. d. R.G. Bd. 55 Nr. 58 S. 256.

[2]) Vgl. auch Affolter, Das intertemporale Privatrecht 1901, System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts 1903 und darüber Kohler, Lehrb. des Bürg. R. Bd. I S. 57 Anm. Weitere Literatur siehe in Cosacks Lehrbuch Bd. I 4. Aufl. S. 44 § 13 Anm. 1.

[3]) Den Begriff der wohlerworbenen Rechte hat das B.G.B. nach den Mot. I 19 ff. (22) als Grundlage dieses Rechtszweiges abgelehnt, Entsch. Bd. 54 Nr. 44 S. 154, den Grundsatz der Nichtrückwirkung aber anerkannt, Bd. 46 Nr. 45 S. 174 (Fortdauer von Pfandrechten an Zubehörstücken), Bd. 51 Nr. 36 S. 160 (Fortgelten der erlaubten Privatgesellschaften des preußischen Rechts). Selbst antichretische Grundstückspfänder (Entsch. Bd. 47 Nr. 15 S. 56 ff.) und Revenuenhypotheken gelten als aufrecht erhalten (Bd. 48 Nr. 15 S. 52), vgl. auch Bd. 55 Nr. 88 S. 248 ff. Die Fortdauer des alten Rechts kann also sogar zur Erhaltung von Rechtsformen führen, die dem B.G.B. fremd sind; dagegen nicht zur Eintragung eines Nutzungspfandrechts (Entsch. Bd. 48 Nr. 18 S. 61), weil hier das dem B.G.B. fremde Recht nicht blos erhalten, sondern neu geschaffen werden soll.

naturrechtliches Gebot, auch nicht als ein solches, wie es manche amerikanische Staaten in ihrer Verfassung aufgenommen haben, so daß also eine Übertretung dieses Prinzips ein Gesetz nichtig machen würde, sondern nur als eine dem Wesen des Gesetzbefehls entsprechende Regel. Eben darum ist diese Regel auch in manchen Fällen anzuwenden, wo eine besondere Vorschrift im B.G.B. fehlt. Aber andererseits ist sie doch keineswegs über Ausnahmen erhaben, und das E.G. statuiert denn auch Ausnahmen von ihr in großem Umfange.

Bekanntlich ist der genauere Inhalt des Prinzips, daß Gesetze keine rückwirkende Kraft haben, sehr bestritten. Die bekannte Formulierung, daß Gesetze ein erworbenes Recht unberührt lassen, ist streng genommen zu eng. Wenn z. B. ein unter den alten Gesetzen formgerecht errichtetes Testament unter dem neuen Gesetz trotz erhöhter Anforderungen desselben gültig bleibt, so liegt doch, genau gesehen, nicht Fortdauer eines erworbenen Rechtes vor.[1]) Aber der Grundgedanke, der in jener Formel steckt, ist doch der richtige, daß nur ein durch einen speziellen Titel bereits entstandenes Rechtsverhältnis von einem neuen Gesetze unberührt bleibt, also grundsätzlich mit seinem bisherigen Inhalt fortdauert, daß dagegen gegenüber dem neuen Gesetze eine bloße Anwartschaft nicht ebenso standhält, z. B. auf eine Intestaterbschaft einer noch lebenden Person oder gar die einer ganzen Klasse beigelegte abstrakte Fähigkeit für gewisse Handlungen oder Rechte u. dgl. m. Diese kann man nicht als Rechtsverhältnisse, die durch einen speziellen Titel gegründet worden sind, behandeln.[2])

---

[1]) Beispiele der Regeln: tempus regit actum, die nicht blos Rechtsgeschäfte, sondern auch andere rechtswirksame Ereignisse betrifft, Entsch. des R.G. Bd. 49 Nr. 24 S. 94, Bd. 52 Nr. 27 S. 101 ff., Bd. 54 Nr. 67 S. 243 (Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand), Bd. 52 Nr. 86 S. 329. (Die Unterbrechung einer Verjährung wird nach neuem Rechte wieder aufgehoben, selbst wenn die Verjährung unter dem alten Rechte unterbrochen worden war), Bd. 51 Nr. 17 S. 80 ff. (Entmündigung), Bd. 49 Nr. 24 S. 94 (Verjährungsbeginn), Bd. 54 Nr. 40 S. 135 (Besitzerwerb).

[2]) Man will einerseits das neue Recht nicht allzulange lahm legen und andererseits die Rechtsgenossen so wenig wie möglich verletzen. Beide Ziele sind unvereinbar. Darum muß eine Mittellinie gezogen werden, die ohne eine gewisse Willkür nicht möglich ist. Streng genommen empfindet der Rechtsgenosse auch schon die Zerstörung bloßer Hoffnungen oftmals ebenso schmerzlich, wie die Zerstörung wirklicher Rechte. Hieraus erklärt es sich, daß ausnahmsweise auch bloße Hoffnungen den wirklich erworbenen Rechten gleichgestellt werden. Im gleichen Sinne fällt auch nach der Meinung des Reichsgerichts die Möglichkeit, wechselseitige Testamente aufzuheben, völlig unter das alte Recht, unter dem das Testament errichtet ist, auch wenn sie unter der Herrschaft des neuen geschieht (Entsch. Bd. 50

Ein Anwendungsfall der Fortdauer des entstandenen Rechtsverhältnisses würde etwa der sein, daß ein privatschriftlicher Vertrag über ein Grundstück, der in Berlin noch vor dem 1. Januar 1900 geschlossen ist, dann auch nach diesem Zeitpunkt wirksam bleibt, obwohl das B.G.B. gerichtliche oder notarielle Beurkundung für Verträge über Grundstücke fordert. Aber eine Ausnahme von dieser Regel würde die vom B.G.B. nicht erwähnte authentische Deklaration sein. In ihr will der Gesetzgeber nichts neues bestimmen, sondern nur über alte Gesetze aufklären. Diese Aufklärung hat aber zwingende Kraft, und darum wird in diesem Falle Rückwirkung eintreten.

Daneben gibt es eine ganze Reihe von Fällen, wo ausdrückliche Ausnahmen gegenüber entstandenen Rechtsverhältnissen gemacht werden, z. B. Art. 171: „Ein zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. bestehendes Miet-, Pacht- oder Dienstverhältnis bestimmt sich, wenn nicht die Kündigung nach dem Inkrafttreten des B.G.B. für den ersten Termin erfolgt, für den sie nach dem bisherigen Gesetz zulässig ist, von diesem Termine an nach den Vorschriften des B.G.B.“.[1]) Also ändert es seinen Inhalt. Ebenso ändern das Besitzrecht und das Eigentumsrecht ihren Inhalt nach Art. 180 und Art. 181.[2])

Eine Kehrseite jenes grundsätzlichen Unberührtbleibens entstandener Rechtsverhältnisse ist nun die, daß ein Rechtsverhältnis, das nach dem bisherigen Recht aus einem gewissen Tatbestand nicht entstanden ist, auch nicht nachträglich durch das neue Recht entsteht, obwohl dies neue Recht den Tatbestand mit der Wirkung, es zu erzeugen, ausstattet. Wenn z. B. ein mündliches Versprechen, ein Darlehen von 150 Mark zu gewähren, in Preußen vor der Geltung des B.G.B. erteilt und darum unverbindlich ist, so bleibt es auch nach dem 1. Januar 1900 ungültig, obwohl vom 1. Januar ab Schriftform nicht mehr erforderlich sein würde. Auch hiervon macht das E.G. Ausnahmen. Z. B. er-

---

Nr. 73 S. 318). Dies ist nicht unbedenklich. Dagegen entspricht der Regel die Entscheidung, daß der badische Verschwender seine Prozeßfähigkeit durch das neue Recht verloren hat (Entsch. Bd. 46 Nr. 107 S. 380).

[1]) Näheres hierüber siehe weiter unten S. 284.

[2]) Dem neuen Rechte unterliegt hiernach der Überbau, sofern nicht der Überbauende nach altem Rechte bereits Eigentum erlangt hat (Entsch. Bd. 48 Nr. 56 S. 265, Bd. 52 Nr. 4 S. 16 ff.), ebenso die Eigentumsfreiheitsklage gegen Beeinträchtigungen, die den 1. Januar 1900 überdauert haben (Entsch. Bd. 51 Nr. 94 S. 408 ff.). Ähnliches gilt bei Besitzstörungen (Entsch. Bd. 50 Nr. 3 S. 11), den Rechten an einer Scheidemauer (Bd. 53 Nr. 78 S. 307 ff., daselbst Literatur S. 311), auch bei der Verwandlung von Sachen, die früher keine Zubehörstücke waren, in solche (Entsch. Bd. 53 Nr. 87 S. 350).

langt nach Art. 159 eine bereits vor dem Inkrafttreten des B.G.B. erfolgte Todeserklärung, auch wenn sie dem zurückgebliebenen Gatten nicht die Befugnis zur Wiederverheiratung gewährte, mit dem Inkrafttreten des B.G.B. auf einmal diese Wirkung nachträglich, m. a. W. ein Tatbestand, der eine gewisse Wirkung bezüglich der Wiederverheiratung nicht erzeugt hat, bekommt diese Wirkung, weil das neue Gesetz sie an diesen Tatbestand fortan knüpft.

Ebenso wie bei diesen Ausnahmen das neue Gesetz zurückgreift und die Wirkung von Tatbeständen, die unter das bisherige Gesetz fielen, anders bestimmt als das bisherige Gesetz, so kann das neue Gesetz auch umgekehrt für einen in seine eigene Herrschaftszeit fallenden Tatbestand die Wirkung des alten Gesetzes eintreten lassen.

Nach Art. 215 behält, wer vor dem Inkrafttreten des B.G.B. die Fähigkeit zur Errichtung einer Verfügung von Todes wegen erlangt, und eine solche errichtet hat, diese Fähigkeit, auch wenn er das nach dem B.G.B. erforderliche Alter von 16 Jahren noch nicht erreicht hat. Da wird für eine Altersstufe, die jemand in der Herrschaftszeit des B.G.B. erreicht, ihm die rechtliche Wirkung gewährt, welche das alte Gesetz eintreten ließ, nämlich die Testierfähigkeit.

Eine Schwierigkeit tritt natürlich ein, wenn ein Tatbestand zum Teil unter das alte Gesetz fällt und zum Teil unter das neue. Auch da wird, wenn möglich, das Rechtsverhältnis, soweit es unter dem alten Gesetz entstanden ist, nach diesem zu beurteilen sein, und so weit es unter dem neuen entsteht, nach dem letzteren. So z. B. möglich in folgendem von Cosack gebildeten Falle. Ein elternloser 15jähriger Knabe errichtet ein Testament noch im Dezember 1899 und enterbt darin seinen Großvater ohne jeden gesetzlichen Grund. Dann ist die Errichtung des Testaments noch nach dem Pr. A.L.R. zu beurteilen und also gültig, weil man im Landrecht mit 14 Jahren die Testierfähigkeit erlangt. Was dagegen die Enterbung des Großvaters betrifft, die nach dem Pr. A.L.R. unwirksam sein würde, aber nach dem B.G.B. vollkommen zulässig ist, weil Großeltern kein Pflichtteilsrecht mehr haben, so entsteht dieses Rechtsverhältnis,[1]) das Ausgeschlossensein der Großeltern, erst mit dem Tode des Knaben. Wenn er im Januar stirbt, wird es nach dem neuen Gesetz zu beurteilen sein; dann ist die Ausschließung der Großeltern gültig. Aber freilich wird diese Teilung bei manchen sukzessive entstandenen Verhältnissen unausführbar, wie

[1]) So der Text. Besser ließe sich wohl von einer Rechtsfolge reden, da es sich nur um eine zerstörte Anwartschaft handelt.

namentlich bei der Verjährung. Darum hat für diese das E.G. eine rein positive Lösung gegeben in Art. 169.

Eine Schwierigkeit anderer und ganz eigener Art, die von Habicht [1]) erörtert ist, kann dadurch entstehen, daß der 1. Januar 1900 bekanntlich nicht auf der ganzen Erde gleichzeitig beginnt, sondern in einem Lande früher, im andern später. Freilich für ganz Deutschland haben wir die mitteleuropäische Einheitszeit seit dem Gesetz vom 12. März 1893. Also kann es jetzt nicht mehr geschehen, daß zufolge der verschiedenen Ortszeit etwa in Memel ein Ereignis schon nach dem neuen Recht wirkte, während in Aachen ein gleichzeitig oder ein etwas später eingetretenes Ereignis nach dem alten Recht wirkte. Aber außerhalb Deutschlands wird noch der Eintritt des ersten Januar teils früher, teils später als bei uns erfolgen, sei es durch die Verschiedenheit des Kalenders, sei es infolge der Verschiedenheit der geographischen Lage der verschiedenen Länder. Erheblich ist dies bei Ereignissen, die in der Person eines im Auslande domizilierten Deutschen, z. B. am 31. Dezember 1899 sich vollziehen. Gerade mit der Einführung des Heimatrechtes wird diese Frage äußerst praktisch, ob ein solches Ereignis, wie namentlich der Tod eines Deutschen, der im Auslande erfolgt, als vor oder nach dem ersten Januar eingetreten zu behandeln ist. Zunächst kann darüber kein Zweifel sein, daß die Verschiedenheit des Kalenders in einem andern Lande für Deutsche nicht in Betracht kommen kann, daß also, wenn der 1. Januar 1900 bei uns eingetreten ist, auch der in Rußland sich aufhaltende oder wohnende Deutsche bereits vom deutschen Recht ergriffen wird, für ihn das B.G.B. bereits sein Heimatrecht wird, so gut, wie es schon jetzt unzweifelhaft ist, daß ein „am 1. Januar 1880 geborener" [2]) Deutscher nach der Übersiedelung nach Rußland nicht erst, wenn auch in Rußland der 1. Januar 1901 erschienen ist, die Volljährigkeit erreicht, sondern wenn dies nach unserem einheimischen Kalender der Fall ist. Viel zweifelhafter ist es aber bei der geographischen Lage. Man setze folgenden Fall, der einem bei Habicht gebildeten ähnelt. Auf einem amerikanischen Dampfer, der zwischen New-York und Rio de Janeiro läuft, stirbt ein Deutscher am späten Abend des 31. Dezember 1899. Dann ist auf der westlichen Hemisphäre, auf der er sich befindet, der 1. Januar noch nicht angebrochen, während er in Deutschland bereits eingetreten ist. Dieser Mann wird nicht nach dem alten Recht, also nach dem Recht seines Domizils,

[1]) 3. Aufl. S. 37 ff.

[2]) Eingeschoben.

beerbt. Wenn er z. B. Hannoveraner ist und eine Witwe und einen Vetter hinterläßt, so würde nach dem dort geltenden gemeinen Recht die Witwe gar nichts und der Vetter alles bekommen. Er wird vielmehr nach dem neuen Recht beerbt, wonach die Witwe alles bekommt und der Vetter gar nichts. Es wird also hier ebenso wie bei der Kalenderverschiedenheit zu entscheiden sein.

Die einzelnen Vorschriften der Art. 153—217 werden als Übergangsbestimmungen entsprechend der Überschrift des ganzen Abschnitts in absehbarer Zeit von selber ihre Kraft verlieren. Aber es gibt auch solche, die einen am 1. Januar bestehenden Rechtszustand auf unbestimmte Zeit hinaus konservieren wollen, so namentlich die Art. 164 bis 167. Danach bleiben in Kraft die Sondergesetze über Realgemeinden und ähnliche Verbände, über bayerische und sächsische Vereine, die bereits registriert worden sind, und über die preußischen landschaftlichen und ritterschaftlichen Kreditanstalten. Das sind also genau genommen keine Übergangsvorschriften.[1]) Indessen, da sie im E.G. mit den wahren Übergangsvorschriften durcheinander gemischt sind, können wir sie auch nicht trennen.

In den Art. 153—169 ist der allgemeine Teil geregelt, dann folgt in Art. 170—179 das Obligationsrecht, dann das Sachenrecht u. s. w. Art. 153 betrifft die Materie der Volljährigkeit. Glücklicherweise ist die Frage nach der Fortdauer einer bereits vor dem Inkrafttreten des B.G.B. errichteten Volljährigkeit gegenstandslos, weil das Alter der Volljährigkeit nach dem B.G.B. kein anderes ist, als das schon jetzt für ganz Deutschland reichsgesetzlich bestimmte. Aber die Fortwirkung einer Volljährigkeitserklärung kann allerdings in Frage kommen. Darauf bezieht sich Art. 153, nach dem eine Person, die vor dem Inkrafttreten des B.G.B., obwohl noch unter 21 Jahren, für volljährig erklärt ist, oder sonst die Stellung eines Volljährigen erlangt hat, z. B. durch den Satz: „Heirat macht mündig" in Württemberg, vom 1. Januar ab einem Volljährigen gleich steht. Der Grund dafür ist nicht der, daß die Volljährigkeit wie ein erworbenes Recht gefaßt würde, sondern lediglich praktische Zweckmäßigkeit, weil ein bereits für volljährig Erklärter eine Rechtseinbuße erleiden würde, wenn er wieder minderjährig werden sollte.[2]) Da nun aber das B.G.B. die Beschränkungen des für volljährig Erklärten, die zur Zeit noch in mehreren deutschen Ländern bestehen, so auch in Preußen, namentlich

[1]) Sie regeln immerhin die Art des Übergangs vom alten Rechte zum neuen.

[2]) Der erworbene Rechtsvorteil ist hier aus dem oben S. 266 Anm. 2 a. E. angegebenen Grunde dem erworbenen Rechte gleichgestellt.

in der Verfügung über Liegenschaften, nicht mehr kennt, so ist die unmittelbare Folge, daß der bereits für volljährig Erklärte in manchen Ländern mit dem 1. Januar noch freier zu stehen kommt als bisher, indem von selber für ihn diese Beschränkungen wegfallen. Indessen hat man daran keinen Anstoß genommen, weil, wie die Motive sagen, vor der Volljährigkeitserklärung seine Reife geprüft worden sein muß.

Entsprechendes bestimmt Art. 154 über die Emanzipation des französischen und badischen Rechts, falls der Emanzipierte 18 Jahre alt ist, sonst bekommt er wieder einen Vormund. Daran sieht man am deutlichsten, daß die Selbständigkeit nicht wie ein ius quaesitum behandelt ist.[1])

Eine Person, die nach dem alten Recht wegen Geisteskrankheit oder wegen Verschwendung entmündigt ist, steht einfach den nach den Vorschriften des B.G.B. Entmündigten gleich (Art. 155). Darin liegt ja prinzipiell eine gewisse Rückwirkung, indem die Rechtsstellung einer Person, die bereits begründet war, verändert wird. Allein die Veränderung ist minimal, sie beschränkt sich eigentlich darauf, daß in den Ländern, wo man lichte Zwischenräume bei Geisteskranken berücksichtigte, diese Bestimmungen nach dem neuen Gesetz wegfallen.

Art. 157 betrifft wieder ein rein französisches Rechtsinstitut, den erwählten Wohnsitz, le domicile élu.

In den Art. 158—162 finden sich einige Bestimmungen über die Todeserklärung, die noch vor dem Inkrafttreten des B.G.B. erfolgt ist, und verwandte Institute, die in einzelnen Partikularrechten noch bestehen. Der Grundsatz entspricht dem Prinzip der Nichtrückwirkung. Eine solche vor dem Inkrafttreten des B.G.B. bereits erfolgte Todeserklärung äußert ihre Wirkungen nach bisherigem Recht in Bezug auf den Todeszeitpunkt und die Erstreckung der Todeserklärung über das Vermögensrecht hinaus auf persönliche und familienrechtliche Beziehungen usw. (Art. 158). Aber in zwei Punkten wird vom Prinzip abgewichen und eine gewisse Rückwirkung bestimmt:

a) Während das Band der bestehenden Ehe zwischen dem für tot Erklärten und dem zurückgebliebenen Gatten nicht nach allen bisherigen Rechten durch die Todeserklärung gelöst wird, steht nach Art. 159 des E.G. die Wiederverheiratung dem Gatten des für tot Erklärten allemal frei.

b) Nach Art. 160 sollen für gewisse Rechtsverhältnisse, die nach dem B.G.B. durch die Todeserklärung schlechterdings endigen, wie elterliche

[1]) Man könnte auch sagen, daß sie nur teilweise so behandelt worden sei.

Gewalt, Vormundschaft, Pflegschaft über den Verschollenen, dessen Ämter als Vormund, Pfleger usw. allemal auch bei einer schon vor dem 1. Januar 1900 erfolgten Todeserklärung endigen.

Das sind zwei Sätze, welche eine Einwirkung auf ein bereits vor dem 1. Januar 1900 geschaffenes Rechtsverhältnis enthalten.

Andererseits verleiht Art. 161 dem bisherigen Recht noch eine Fortwirkung über die Regel hinaus. Denn für ein am 1. Januar 1900 auch nur anhängiges Verfahren soll das bisherige Recht in weitem Umfange maßgebend bleiben.

Die Bestimmungen, die sich anknüpfen (Art. 161 Abs. 2, 162), sind überwiegend auf Partikularrechte, französisches und badisches Recht gemünzt.

Die Art. 163—167 betreffen die juristischen Personen. Für die beim Inkrafttreten des B.G.B. bereits bestehenden juristischen Personen ist hinsichtlich ihrer Entstehung selbstverständlich das bisherige Recht maßgebend (Art. 163). Auf die bestehenden juristischen Personen finden auch die Vorschriften der §§ 25—53 über Vereine und die §§ 85—89 über Stiftungen Anwendung. Dabei sind nicht mit zitiert die Vorschriften über die Eintragung der Vereine in den §§ 55—79 und auch nicht die Vorschriften über die Entstehung von Stiftungen in den §§ 80—84. Natürlich können diese Vorschriften auf die am 1. Januar 1900 bereits bestehenden juristischen Personen nicht Anwendung finden.

Betrachtet man Art. 163 zunächst seinem Wortlaut nach, so scheint es — und so sprechen sich auch die Schriftsteller überwiegend aus — als ob danach die bestehenden juristischen Personen im allgemeinen sofort dem neuen Recht unterliegen sollten. In der Handausgabe von Fischer und Henle wird ganz ausdrücklich hinzugefügt,[1]) daß das neue Recht auch auf die bestehenden juristischen Personen Anwendung finden soll hinsichtlich ihrer Organisation, ihrer Beschlußfassung, ihrer Vertretung, ihrer Haftung usw. Das würde zwar für die bestehenden Vereine die etwas unbequeme Folge haben, daß die meisten ihre Statuten dem neuen Recht entsprechend umgestalten müßten, andererseits aber würde dies eine für die Juristen und für das Publikum recht erfreuliche Gleichmäßigkeit des Vereinsrechtes vom 1. Januar 1900 ab herbeiführen.

Leider kann man bei näherer Betrachtung diese Meinung nicht teilen, vielmehr verwandelt sich das Bild bei genauerem Zusehen direkt in das Gegenteil, und es bleibt für bestehende Vereine das bisherige

[1]) In vorsichtiger Beschränkung vgl. 6. Aufl. Nr. 1 u. 2 zu Art. 163.

Recht im allerweitesten Umfange aufrecht erhalten. Der Rechtszustand wird dadurch erstaunlich verwickelt und ungleich, wie das in der Literatur namentlich Habicht[1]) mit einem Scharfsinn ausführt, der, man möchte sagen, in beinahe unerfreulicher Weise überzeugend auf den Leser einwirkt. Wir müssen, um dies richtiger zu würdigen, verschiedene Gruppen von Vereinen sondern.

1. Es bleiben vom neuen Gesetz beinahe ganz unberührt die sog. Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts, die am 1. Januar 1900 bereits bestehen, ebenso wie die neu zu errichtenden; denn für diese öffentlich-rechtlichen Personen trifft ja das B.G.B. überhaupt nur zwei Bestimmungen (§ 89), nämlich die Haftung für außerkontraktliche Beschädigungen (§ 31) und die Haftung des Vorstandes, wenn er den Konkurs, soweit er bei einer solchen öffentlich-rechtlichen Person zulässig ist, nicht rechtzeitig anmeldet (§ 42 Abs. 2). Da diese beiden Sätze sogar für Personen des öffentlichen Rechts gelten, von dessen Regelung sich doch sonst das B.G.B. mit peinlicher Sorgfalt zurückgehalten hat, so gelten sie darum entschieden umsomehr für alle privatrechtlichen Personen, auch wenn diese sonst dem Vereinsrecht des B.G.B. entzogen sind. Im übrigen bleibt die Gruppe der öffentlich-rechtlichen juristischen Personen vom neuen Rechte unberührt.

2. Auch auf allen den Gebieten, die dem Sonderrecht vorbehalten sind, behalten die Vereine ihr bisheriges Sonderrecht. Z. B. die Wald- und Wiesengenossenschaften, die Deich- und Sielverbände, die Gewerkschaften des Bergrechts, die Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit usw. Diese Sonderrechte werden selbst durch zwingende Vorschriften, die das B.G.B. über Vereine aufstellt, nicht berührt. Wenn z. B. § 39 des B.G.B. den Mitgliedern eines Vereins allemal die Freiheit des Austritts gewährleistet, so kann trotzdem bei Deichverbänden und Wiesengenossenschaften der Austritt ausgeschlossen sein, wie er es in der Tat auch regelmäßig ist. Wenn weiter § 39 Abs. 2 des B.G.B. die Maximaldauer der Kündigung, die für den Austritt in der Satzung festgesetzt werden darf, auf zwei Jahre beschränkt, so kann trotzdem bei Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit die Kündigung auf mehr als zwei Jahre ausgeschlossen sein. Oder wenn nach § 29 bei einem Fehlen der erforderlichen Vorstandsmitglieder das Amtsgericht dieselben zu ernennen hat, so gilt das doch wieder nicht für Gewerkschaften, denn für diese hat nach dem preußischen Berggesetz

[1]) 3. Aufl. S. 104 ff.

die Bergbehörde, wenn nötig, einen Repräsentanten zu bestellen. So weit aber freilich kein Sonderrecht für solche Vereine besteht, also bisher nur das allgemeine Landesrecht eingriff, tritt allerdings an Stelle der bisherigen allgemeinen Landesrechte nunmehr das Recht des B.G.B. (Art. 4 des E.G.). So ist z. B. die Ausschließung eines Mitgliedes von der Abstimmung wegen Kollision seiner Interessen mit denen der Gesellschaft für die Gewerkschaften im preußischen Berggesetz nicht durch irgend eine Sondervorschrift geregelt, sondern dafür gilt bis jetzt nur die allgemeine Vorschrift des Pr. A.L.R. Aber an Stelle dieser letzteren tritt nun die Vorschrift des § 34 des B.G.B. über die Ausschließung vom Stimmrecht bei Interessenkollision.

Das Landesrecht kann übrigens für solche Vereine auch immer noch neue Sondervorschriften erlassen, und so weit solche erlassen sind, treten auch die allgemeinen Regeln des B.G.B. zurück. Dies alles gilt ebenso für bereits bestehende wie für neu zu errichtende Vereine, welche diesen den Landesrechten vorbehaltenen Gebieten angehören.

3. Das E.G. hat aber auch selber in den Art. 164—166 bestimmt, daß für Vereine gewisser Art, die am 1. Januar 1900 bereits bestehen, ein Teil des geltenden Landesrechtes weiter gilt und auch durch neues Landesrecht abgeändert werden kann. Für die bestehenden Realgemeinden und ähnliche Verbände mit Nutzungsrecht der Mitglieder an Grundstücken, Mühlen, Brauereien u. s. w. (Art. 164) für die bayerischen und sächsischen Personenvereine, die nach dem bayerischen Gesetz vom 29. April 1869 (Art. 165) und nach dem sächsischen Gesetz vom 15. Juni 1868 (Art. 166) durch Eintragung in das Register bereits vor dem 1. Januar 1900 Rechtsfähigkeit erlangt haben, bleibt das Sonderrecht der bezeichneten Landesgesetze in Kraft.

Aber eben nur der so begrenzte Teil des Landesrechtes bleibt in Kraft und nicht das Landesvereinsrecht überhaupt. Außerdem bleibt jener Teil des Landesrechtes auch nur für die am 1. Januar 1900 bereits bestehenden Vereine in Kraft, nicht auch für die später zu errichtenden. Also wird es künftig beim Kontrahieren mit einem sächsischen Verein für den Mitkontrahenten von großer Wichtigkeit sein, ob der sächsische Verein schon vor dem 1. Januar 1900 bestanden hat oder nicht. Z. B. kann die Vollmacht des Vorstandes nach dem bisherigen sächsischen Vereinsrecht überhaupt nicht beschränkt werden. Das wird also für die am 1. Januar 1900 bestehenden Vereine weiter gelten, dagegen kann nach § 26 Abs. 2 des B.G.B. die Vollmacht in der Satzung beschränkt werden und das wird für die in Sachsen nach dem 1. Januar 1900 zu gründenden Vereine gelten.

Abweichend von der Gruppe 3 werden

4. in Art. 167 die landschaftlichen und ritterschaftlichen Kreditanstalten behandelt. Für diese werden die sie betreffenden landesgesetzlichen Vorschriften überhaupt aufrecht erhalten, also nicht bloß das Vereinsrecht, sondern auch namentlich ihre das Grundbuch und Hypothekenrecht betreffenden statutarischen Bestimmungen, z. B. über Eintragung und Löschung von Pfandbriefen, Darlehen u. s. w. So ist bei den durch Amortisation zu tilgenden Pfandbriefen nach dem bisherigen Rechte dem Grundeigentümer die Verfügung über die durch die Amortisation freiwerdende Hypothekenstelle versagt und somit die Entstehung einer Eigentümerhypothek ausgeschlossen, die nach dem B.G.B. eintreten würde. Das bleibt bei diesen ritterschaftlichen und landschaftlichen Kreditanstalten auch in Zukunft rechtens. Auch die Grundbuchordnung[1]) und das Zwangsversteigerungsgesetz[2]) erkennen die Sonderstellung dieser Kreditanstalten an.

5. Wiederum anders werden die Vereine behandelt, deren Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruht (Art. 82 des E.G.). Art. 82 steht nicht unter den Übergangsvorschriften und doch gehört er wenigstens zur Hälfte dahin. Bei näherer Betrachtung stößt er ein gewaltiges Loch in Art. 163, der für bestehende Vereine scheinbar das neue Recht ohne weiteres in Kraft setzt. Nach Art. 82 sollen unberührt bleiben die Vorschriften der Landesgesetze über die Verfassung solcher Vereine, deren Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruht. Was bedeutet das? Die Erläuterung, die aus den Protokollen der zweiten Lesung der Reichstagsvorlage als Material beigegeben war, ist teils in sich widerspruchsvoll und kaum zu verstehen, teils auch, wie Habicht[3]) ganz genau darlegt, in direktem Widerspruch mit dem Text der Reichstagsvorlage. Die Reichstagskommission und der Reichstag selbst haben daran merkwürdigerweise gar keinen Anstoß genommen, oder sie haben diesen Widerspruch überhaupt nicht bemerkt und die Vorlage unverändert zum Gesetz erhoben. Die Erläuterung besagt, daß es für die bereits bestehenden, konzessionierten Vereine nur einer Übergangsvorschrift bedürfen werde, und deshalb Art. 82 nur für die Zukunft der Landesgesetzgebung vorbehalte, einzelne Bestimmungen des Vereinsrechtes von

[1]) § 83.

[2]) E.G. z. Zwangsv.G. § 2.

[3]) Vgl. Protokolle VI S. 399 ff. und dazu Habicht, Die Einwirkung des B.G.B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 3. Aufl. S. 113 Anm. 2, der unter Berichtigung seiner ersten Auflage feststellt, daß die von ihm den Protokollen zugeschriebenen Unrichtigkeiten nunmehr lediglich dem Verfasser der Materialien zum 3. Abschn. eines Entw. z. B.G.B. zur Last zu schreiben sind.

der Anwendung auf konzessionierte Vereine auszuschließen. In Wahrheit aber ist eine solche Übergangsvorschrift im E.G. gar nicht enthalten, und Art. 82 macht keineswegs bloß einen Vorbehalt für die Zukunft, sondern bestimmt sonnenklar, daß die Vorschriften der Landesgesetze über die Verfassung solcher konzessionierter Vereine unberührt bleiben. Dies bedeutet doch aber nach dem ganz konsequenten Sprachgebrauch des E.G., daß die gegenwärtigen Vorschriften von selber ihre bisherige Geltung behalten, ohne daß dabei unterschieden ist zwischen bereits bestehenden und künftig zu errichtenden konzessionierten Vereinen.

Damit ist also die Anwendung des neuen Vereinsrechtes auf konzessionierte Vereine trotz des Art. 163 sehr erheblich eingeschränkt. Wenn man den Art. 82 nach dieser Betrachtung liest, so möchte man meinen, daß für konzessionierte Vereine von dem neuen Recht überhaupt nichts übrig bleibt. Indessen ist er in dieser Allgemeinheit, wie es der Wortlaut zu besagen scheint, nicht zu deuten. Der Artikel soll nicht besagen, daß für die konzessionierten Vereine alle, die Verfassung betreffenden Vorschriften der Landesgesetze aufrecht erhalten bleiben, so daß das B.G.B. beinahe gar keine Anwendung auf sie finden würde, sondern, wie die Materialien ergeben, sind auch hier wieder nur die besonderen für diese Vereine erlassenen Vorschriften für fortbestehend erklärt. Diese besonderen Vorschriften wollte man eben wie Bestandteile der Vereine für sie beibehalten. Das sind also die Vorschriften, wie sie auch das Pr. A.L.R. im Sinne hat (II, 6 § 26).

Danach behalten also in Preußen, wo alle bestehenden Vereine ihre Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung haben, diese auch künftig ihre bisherige, durch ihr Statut gegebene Verfassung. Z. B. die juristische Gesellschaft, der deutsche Juristentag u. a. m., die juristische Persönlichkeit besitzen, behalten auch in Zukunft die Vorschriften ihrer Statuten, welche mit den Sätzen des B.G.B. in Widerspruch stehen. So ist in den Statuten der juristischen Gesellschaft und des Juristentags bestimmt, daß das Statut durch einfachen Mehrheitsbeschluß geändert werden kann. Im Widerspruche hiermit erfordert § 33 des B.G.B. zu einer Änderung der Statuten eine Mehrheit von $^2/_3$ der erschienenen Mitglieder.

Dagegen treten die allgemeinen privatrechtlichen Verfassungsvorschriften auch für konzessionierte Vereine außer Kraft und werden durch die Vorschriften des B.G.B. abgelöst. Wenn im § 55 II 6 des Pr. A.L.R. bestimmt ist, daß auch ohne vorherige Bekanntmachung des Beratungsgegenstandes bei Anwesenheit von $^2/_3$ aller Mitglieder ein Beschluß gefaßt werden kann, dann wird diese Bestimmung, weil sie eben keine besondere, sondern eine allgemeine ist, durch § 32 Abs. 1

des B.G.B. ersetzt, wonach zur Gültigkeit eines Beschlusses der Mitgliederversammlung schlechterdings Bezeichnung des Gegenstandes bei Berufung der Mitglieder erfordert wird. Ebenso treten die Bestimmungen des B.G.B. in Kraft in bezug auf den Sitz eines Vereins, in bezug auf seine Haftung für Beschädigungen und Verluste, in bezug auf die Entziehung der Rechtsfähigkeit u. s. w. Art. 82 erklärt ja, daß nur die Vorschriften der Landesgesetze über die Verfassung solcher Vereine unberührt bleiben.

Wir haben fünf Gruppen von Vereinen kennen gelernt, von denen jede unter einem besonderen Ausnahmerecht steht. Hiernach unterliegen der wirklichen Anwendung des Art. 163 nur die übrigen, am 1. Januar 1900 bestehenden Vereine. Das sind solche, die nicht öffentlichrechtlicher Natur sind, nicht einem Gebiet angehören, das den Landesrechten vorbehalten ist, die nicht im E.G. besonders eximiert sind und auch nicht durch staatliche Verleihung rechtsfähig geworden sind, im Gebiet des Pr. A.L.R. also gar keine; denn da beruht ja die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen einstweilen immer auf staatlicher Verleihung.

So scheint sich die Aussicht auf ein gleichmäßiges Vereinsrecht ganz und gar aufzulösen. Indessen ist doch zum Trost zu sagen, daß dem neuen Vereinsrecht nicht bloß die nach dem 1. Januar 1900 neu entstehenden Vereine notwendig unterliegen werden, sondern auch die dann schon bestehenden idealen Vereine gute Gründe haben können, sich dem neuen Rechte anzupassen, besonders wenn sie die Rechtsfähigkeit vorher nur durch staatliche Verleihung erlangt haben. Denn gerade in diesem Falle bedürfen sie zu jeder Änderung ihrer Statuten der staatlichen Genehmigung. Z. B. bedarf die hiesige „Juristische Gesellschaft" je nachdem bald der Genehmigung des Oberpräsidenten, bald der Genehmigung des Landesherrn, wie in dem Statute steht: Abänderungen des Statuts, welche Sitz, Zweck oder die äußere Vertretung der Gesellschaft betreffen, bedürfen der landesherrlichen Genehmigung. Als kürzlich in der Juristischen Gesellschaft das Amt eines neuen stellvertretenden Vorsitzenden geschaffen werden sollte, mußte eine königliche Kabinettsorder eingeholt werden. Sonstige Statutenänderungen sind von der Zustimmung des Oberpräsidenten abhängig. Diese Gebundenheit haftet an der staatlichen Verleihung der Rechtsfähigkeit.

Wenn dagegen ein solcher Verein sich nach dem B.G.B. hat eintragen lassen, so kann eine Änderung der Satzungen einfach durch Dreiviertelmajorität beschlossen werden und von der Verwaltungsbehörde höchstens durch Einspruch aus einigen wenigen Gründen angefochten werden. So ist zu hoffen, daß man das neue Recht allmählich

auch ohne Zwang aus Zweckmäßigkeitsgründen annehmen wird. Aber so weit das nicht durch eigene Tätigkeit der Vereine geschieht, tritt es durch die Macht des Gesetzes zunächst in Preußen für die bestehenden Vereine gar nicht in Geltung.

Danach schwindet, bei Licht besehen, Art. 163 auf ein Minimum von Tragweite zusammen.

Über die schon bestehenden Stiftungen enthält das B.G.B. keine weiteren Bestimmungen als in Art. 163, der die §§ 85—89 auch auf die bestehenden Stiftungen für anwendbar erklärt. Da aber diese Paragraphen über die Stiftungen sehr lückenhaft sind, der § 85 des B.G.B. selber in bezug auf die Verfassung der Stiftungen nächst den Reichsgesetzen die Landesgesetze für maßgebend erklärt, so ergibt sich daraus von selber, daß diese Landesgesetze sowohl für bestehende, als auch für künftige Stiftungen nächst den Reichsgesetzen Geltung behalten.

In bezug auf die Rechtsgeschäfte ist im E.G. beinahe gar keine Übergangsbestimmung enthalten. In den Motiven Anm S. 255 ist gesagt, man hätte bei der Formulierung zu leicht fehlgreifen können. Es wird wohl ein Rechtsgeschäft nach allgemeinen Prinzipien nach der Zeit seines Abschlusses zu beurteilen sein in bezug auf die Geschäftsfähigkeit der Kontrahenten, in bezug auf Willensmängel, in bezug auf die Form und auch in bezug auf die Wirkung. Z. B. selbst Nichtigkeit und Anfechtung eines noch vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Geschäftes werden unter der Herrschaft des neuen Rechtes nach den Grundsätzen des alten geltend zu machen sein, weil der Zeitpunkt des Abschlusses des Geschäftes maßgebend bleibe. Nur ein Punkt aus der Lehre von den Rechtsgeschäften ist berührt in Art. 168.[1]) Nämlich eine bereits am 1. Januar 1900 bestehende Verfügungsbeschränkung bleibt auch nach dem 1. Januar wirksam, nur unbeschadet des Schutzes eines redlichen Erwerbers. Das ist auch für das preußische Recht äußerst wichtig, denn nach diesem haben ja auch die bloß vertragsmäßigen und bloß letztwilligen Verfügungsbeschränkungen, welche nach dem B.G.B. höchstens obligatorisch wirken (§ 137), selbst gegen dritte Personen Wirkung, wenn sie nur diesen dritten Personen bekannt oder aber in das Grundbuch eingetragen waren. Solche Veräußerungsbeschränkungen geben dem Berechtigten ein ius ad rem, und wenn der dritte Erwerber das kannte, muß er es gegen sich gelten lassen. Wenn z. B. ein Vater noch im laufenden Jahre seinem einzigen Sohn in rechtsgiltiger Form versprochen hat, gewisse Familienerbstücke nicht

[1]) Ein Beispiel Entsch. des R.G. Bd. 52 Nr. 48 S. 177.

zu veräußern, so daß sie der Sohn einmal erben soll, und er diese Familienerbstücke dennoch nach dem 1. Januar 1900 an irgend einen Dritten verkauft, der jenes Veräußerungsverbot kannte, so kann der Sohn, nachdem er Erbe des Vaters geworden ist, diese Gegenstände aus den Händen des Dritten zurückfordern; denn Art. 168 bestimmt, daß eine bestehende Verfügungsbeschränkung wirksam bleibt. Wenn dagegen der Dritte gutgläubiger Erwerber war, so wird allerdings der Sohn ihm die Gegenstände nicht wieder entziehen können.

Endlich ist die Lehre von der Verjährung im Ganzen so normiert, wie sie auch in der bisherigen Theorie aus allgemeinen Prinzipien gestaltet wurde. Die Verjährungen, die am 1. Januar 1900 noch unvollendet sind, von solchen Ansprüchen, die vor dem Inkrafttreten des B.G.B. entstanden sind, müssen folgerichtig unter das neue Recht fallen, weil sie eben wegen Mangels ihrer Vollendung noch kein perfektes Rechtsverhältnis erzeugt haben. Jedoch bestimmt sich nach Art. 169 der Beginn der Verjährung, der noch in die Zeit des alten Rechtes fällt, und weiter ihre Hemmung und Unterbrechung für die Zeit, die vor dem Inkrafttreten des B.G.B. verstrichen ist, auch nach dem früheren Recht.[1])

Weiter ist auch die Dauer der Frist konsequent normiert. Verlängert das B.G.B. eine Frist, dann muß die Frist vom Beginne der Verjährung ab ganz abgelaufen sein. Es wird also vom Beginn der Verjährung der längere, durch das B.G.B. fixierte Zeitraum berechnet. Wenn das B.G.B. die Verjährung ganz ausschließt, so ist auch die bei seinem Inkrafttreten laufende Verjährung nicht mehr vollendbar. Wenn aber umgekehrt das B.G.B. eine Verjährung einführt, die das bisherige Recht nicht hatte, z. B. die Verjährung der Einrede[2]) wegen Mangelhaftigkeit der gekauften Sache, die dem preußischen Recht fremd war, so beginnt in solchen Fällen mit dem ersten Januar 1900 diese Verjährung zu laufen. Hat jemand im Oktober d. J. ein Pferd gekauft und entdeckt bald nachher Mondblindheit an demselben, aber teilt das dem Verkäufer nicht mit, sondern wartet, bis dieser den Preis fordert, um sich dann mit der Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes zu verteidigen, dann fängt mit dem 1. Januar 1900 eine Verjährung an zu laufen. Die Einrede kann nur perpetuiert werden durch rechtzeitige

[1]) Vgl. hierauf bezügliche Entsch. des R.G. oben S. 266 Anm. 1. Ist unter dem alten Rechte eine Verjährungsfrist durch Prozeßbeginn gewahrt worden, so braucht eine an ihre Stelle getretene Ausschlußfrist des neuen Rechts nicht noch besonders gewahrt zu werden. Entsch Bd. 46 Nr. 41 S 157.

[2]) Vgl. oben Bd. I S. 212 Anm. 3.

Anzeige, die der Käufer an den Verkäufer macht. Versäumt er das, etwa weil ein Rechtsverständiger ihm gesagt hat, seine Einrede sei unverjährbar, so wird er sechs Wochen nach dem 1. Januar 1900 seine Einrede durch Verjährung verloren haben.

Ist die neue Frist, die das B.G.B. schafft, kürzer als die alte, dann wird diese neue Frist erst vom Inkrafttreten des B.G.B. an berechnet und in Lauf gesetzt, ausgenommen den Fall, wo die alte Frist, obwohl sie an sich länger war, doch früher ablaufen würde als die neue kürzere, weil eben der Rest der zum größeren Teil verstrichenen alten Verjährung kürzer ist, als die vom B.G.B. geschaffene neue (Art. 169 Abs. 2). Dann bleibt es also bei der alten Frist.[1])

Nach dem preußischen Verjährungsgesetz verjähren bekanntlich Forderungen der Rechtsanwälte und Medizinalpersonen nach 4 Jahren, nach dem neuen Verjährungsgesetz schon nach 2 Jahren. Wenn z. B. ein Rechtsanwalt seine Forderung am 1. Dezember 1899 ein volles Jahr hat stehen lassen und nun das neue Recht in Kraft tritt, dann wird diese neue Verjährungsfrist von 2 Jahren mit dem 1. Januar 1900 zu laufen beginnen. Hätte dagegen derselbe Rechtsanwalt schon 3 Jahre verstreichen lassen, ohne seine Forderung einzuziehen, so daß nur noch 1 Jahr übrig ist, dann wird, weil dieser Rest kürzer ist als die neue 2jährige Verjährungsfrist, der Rest nach dem alten Recht weiterlaufen, also die Verjährung bereits nach einem Jahre vollendet sein.

Es kann auch eine unter dem alten Recht vollendete Verjährung schließlich doch noch durch das neue Recht berührt werden, wenn das neue Recht die Wirkung einer Verjährung verändert, z. B. das alte Recht eine in Unkenntnis der Verjährung geleistete Erfüllung mit einer condictio indebiti zurückzufordern gestattet wie das preußische Recht, während das B.G.B. das nicht gestattet. Hat die Erfüllung in Unkenntnis der vollendeten Verjährung noch unter dem alten Recht stattgefunden, so ist damit eine condictio indebiti erworben und diese Klage kann auch unter dem neuen Recht nicht aufgehoben werden. Hat aber die Erfüllung erst unter dem neuen Recht stattgefunden, so könnte keine condictio mehr begründet werden. Hiernach konnte ein Gläubiger unter Umständen schlechter stehen, wenn er auf seinen verjährten Anspruch die Zahlung früher eintrieb, als vor dem 1. Januar 1900, als wenn er es später getan hätte. Gleich

[1]) § 169 ist auf Ausschlußfristen nicht in entsprechender Weise auszudehnen, Entsch. Bd. 48 Nr. 37 S. 157 ff., auch nicht auf die zeitlichen Schranken des Anfechtungsrechts eines Konkursverwalters, Entsch. Bd. 54 Nr. 108 S. 425.

nach Weihnachten 1899 hatte der Schuldner vielleicht Geld und wollte willig zahlen, wenn ihn der Gläubiger mahnte. Aber der Gläubiger mußte sich sagen: Wenn ich jetzt mein Geld bekomme, unterliege ich der condictio indebiti, dagegen nach Neujahr ist die Gefahr der condictio indebiti weggefallen. Freilich konnte inzwischen auch das Geld weggefallen sein. Der Gläubiger mußte also prüfen, was seinen Interessen mehr entsprach.

Analog der Verjährung ist im Artikel 185 die Ersitzung behandelt.

Die Schuldverhältnisse betreffen Art. 170—179. An der Spitze steht der Satz des Art. 170: „Für ein Schuldverhältnis, das vor dem Inkrafttreten des B.G.B. entstanden ist, bleiben die bisherigen Gesetze maßgebend". Schuldverhältnisse streben einer raschen Erledigung zu. Darum wird, wenn man das alte Recht fortdauern läßt, keine übermäßige Fortdauer des letzteren herbeigeführt, während beim Sachen- und Familienrecht gerade der umgekehrte Gedanke obwaltet. Weil das Familien- und Sachenrecht stabiler ist, konnte man gar nicht in demselben Maße das alte Recht fortdauern lassen, sonst wäre auf unabsehbare Zeit die Geltung des neuen hinausgeschoben worden.[1])

Art. 170 sagt, sobald man ihn schärfer ins Auge faßt, mehr als er sagen soll und als der Gesetzgeber sagen wollte.[2]) Nach dem Wortlaut

---

[1]) Deshalb hätte man für den Inhalt solcher dauernden Rechte den Grundsatz der Rückwirkung nicht bestreiten sollen.

[2]) Beispiele zu § 170 finden sich in den Entsch. des R.G. Bd. 42 Nr. 24 S. 99, Bd. 49 Nr. 49 S. 206, Bd. 52 Nr. 12 S. 45, Bd. 52 Nr. 100 S. 392, Bd. 53 Nr. 49 S. 199, Bd. 55 Nr. 5 S. 17, Bd. 55 Nr. 29 S. 117. Erbrechtliche Ansprüche gehören nicht hierher (Entsch. Bd. 50 Nr. 38 S. 187), wohl aber Ansprüche aus der Scheidung (Bd. 50 Nr. 69 S. 305), nicht aber Alimentationsansprüche bei stehender Ehe, die aus dieser ihre Kraft herleiten. In ähnlicher Weise beurteilt die Ansprüche aus der Scheidung im Gegensatze zu den Alimentationsansprüchen der Geschwister die Entsch. Bd. 48 Nr. 2 S. 5 u 6. — Auf die Pfandrechte des Vermieters und Verpächters wendet das R.G. grundsätzlich dasselbe Recht an, wie auf die Miet- und Pachtverträge, Entsch. Bd. 49 Nr. 16 S. 58 (vgl oben Bd. 1 S. 490 Anm. 1). — Bei der Anwendung des alten Rechts nach Art. 170 auf Zurückbehaltungsrechte unterscheidet das R.G. (Entsch. Bd 49 Nr. 22 S 83) konnexe und nicht konnexe Gegenforderungen. Es ist aber nicht recht einzusehen, warum bei letzteren „die Beziehung" unter den beiden Forderungen erst mit der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes zur Entstehung gelangen soll. — Art. 170 betrifft auch solche Ansprüche aus dem Eigentum, welche keinen dinglichen, sondern nur einen persönlichen Charakter haben (Entsch. Bd. 46 Nr. 36 S. 145). Zu ihnen gehört nicht der Anspruch aus dem Überbau (Literatur S. 146). — Die Einrede aus dem persönlichen Schuldverhältnisse geht auch gegen die Hypothekenklage nach altem Rechte. Bd. 47 Nr. 50 S. 229.

scheint das Schuldverhältnis in allen Beziehungen dem alten Recht noch unterworfen zu sein. Gewollt ist das aber in der Tat nur in bezug auf Entstehung, Inhalt und Umfang der Schuld.

Es kann einen großen Unterschied machen, ob der Grund der zu prästierenden Sorgfalt nach dem neuen oder alten Recht bestimmt ist. Unter Umständen haftet man künftig für diligentiam quam suis rebus, bisher nur für culpa lata. Weiter haftet man für Hilfspersonen nach dem B.G.B. viel schärfer als nach dem bisherigen Recht. Die Beweispflicht ist häufig neu gestaltet, ebenso die Klagbarkeit. In allen diesen Punkten bleibt es beim alten Recht. Nicht bloß bleibt ein Wettvertrag, der vor dem 1. Januar 1900 klagbar geworden ist, klagbar, sondern auch, wenn jemand sich zur Erfüllung einer Schuld einer Hilfsperson bedient hat und diese in culpa ist, würde zwar nach dem B.G.B. Haftung eintreten, nicht aber nach dem bisherigen Recht.[1])

Fraglich ist, ob es ebenso auch mit der Aufhebung der Schuld, mit der Tilgung steht. Zwar der Gegenstand, der geleistet werden muß, und Zeit und Ort der Leistung gehören zum Inhalt und werden also dem alten Recht unterliegen. Aber die Form der Erfüllung und die Wirkung wird doch nach dem neuen Recht zu bestimmen sein. Darüber war zwar in der Kommission Streit,[2]) aber man wird sich dafür entscheiden müssen, obwohl nach dem Wortlaut des Artikels schließlich auch die Tilgungsgeschäfte unter den Artikel fallen und somit dem alten Recht unterliegen müßten.

Es hat sich z. B. jemand unter dem alten Recht als Verkäufer verpflichtet, ein Grundstück zu übertragen oder ein Servitut zu bestellen.

---

[1]) Der Inhalt des bisherigen Rechts war übrigens bekanntlich in diesem Punkte sehr bestritten. — Die Motive S. 256 zu Art 170 (vgl. Entsch. Bd. 52 Nr. 71 S. 263) unterscheiden bei den späteren Tatsachen, die zu einem Schuldverhältnisse rechtswirksam hinzutreten solche, die sich aus dem Innern des Verhältnisses entwickeln, von solchen, die nur von außen hinzukommen. Dies ist ein Bild, das der Erklärung bedarf, nicht aber selbst aufklären kann. M. E. handelt es sich bei zukünftigen Tatsachen, die unter dem alten Rechte bleiben, um solche, an die bei der Herstellung des Schuldverhältnisses gedacht und deren Abhängigkeit von dem bei der Herstellung geltenden Rechte gewünscht wurde. Dies ist, wie die Motive a. a. O. ergeben, das Merkmal der sog. „inneren Entwicklung". Dahin gehören auch im allgemeinen nach den Motiven die Folgen des Verzugs (sehr zweifelhaft), nicht aber die Verzugszinsen, weil diese mit jeder neuen Zeiteinheit auf's neue geschuldet werden. So Entsch. RG. Bd. 52 Nr. 71 S 265. Die Verzugszinsen betragen hiernach vom 1. Januar 1900 ab nur 4 %. Entsch. Bd. 46 Nr. 21 S. 74, Nr. 22 S. 82.

[2]) Anm. Prot. Bd. VI S. 398, vgl. hierzu Habicht a. a. O. 3. Aufl. S. 188 ff., Fischer-Henle 6. Aufl. Anm. 3 zu Art. 170.

Nach gemeinem Recht braucht er an dem Grundstück nicht das Eigentum zu übertragen, sondern nur das habere licere zu prästieren, und bei der Servitut braucht er keine Eintragung vorzunehmen, auch nach preußischem Recht nicht. Aber nach dem 1. Januar 1900 wird er die Erfüllung seines Versprechens auch durch Auflassung bezw. Eintragung der Servitut bewirken müssen.

Ferner: Es hat sich jemand verpflichtet, unter einer Bedingung zu cedieren. Schon vor dem 1. Januar 1900 tritt die Bedingung ein, Kann nun der Cessionar auch die Ausstellung der öffentlich beglaubigten Cessionsurkunde verlangen, wie das B.G.B. bestimmt? Oder kann der Cedent sagen: „Unser Geschäft steht noch unter dem alten Recht und das Pr. A.L.R. weiß von solcher Verpflichtung nichts"?

Da es sich hier um die Form des Erfüllungsgeschäftes handelt, so wird das neue Recht eingreifen und der Cedent die Urkunde liefern müssen.[1])

Am stärksten treten die Unterschiede hervor, wenn man an Hinterlegungen denkt oder an Selbsthilfeverkauf und an Kompensationen von Schulden, die unter dem alten Rechte entstanden waren. Namentlich ist der Selbsthilfeverkauf nach dem B.G.B. leichter zulässig als bisher bei allen nicht hinterlegbaren Sachen (§ 383). Durch diese Vorschrift wird auch nicht der Inhalt der alten Schuld geändert, sondern es wird nur das Geschäft, durch welches die Leistung ersetzt werden kann, erweitert. Darum wird man das neue Recht anwenden müssen.

Ebenso steht es mit der Aufrechnung. Die Aufrechnung ist nach dem neuen Recht bald zulässig geworden, wo sie es früher nicht war, z. B. gegenüber der actio depositi war sie nach gemeinem Recht nicht zulässig, bald ist die Aufrechnung unzulässig geworden, wo sie es früher nicht war. Nach preußischem Recht ist sie zulässig gegen eine Forderung, die jemand aus einem Delikt hat oder gegen eine unpfändbare Forderung; nach dem B.G.B. nicht mehr (§ 393). Auch da wird man das neue Recht zur Anwendung bringen müssen, obwohl Art. 170 E.G. ganz und gar keine Handhabe dafür gibt. Hier wird

[1]) Zweifelhaft. Eck geht mit Recht davon aus, daß jeder, der zur Vornahme eines Rechtsgeschäftes verpflichtet ist, ein vollwirksames Geschäft herstellen muß. Daß die Erfüllungsgeschäfte der Schuldverhältnisse aus älterer Zeit dem neuen Recht unterstehen sollen, läßt sich daher wohl schon aus dem Parteiwillen folgern, vgl. Entsch. Bd. 52 Nr. 71 S. 263. Zu ihnen rechnet das R.G. auch die Aufrechnung Bd. 50 Nr. 10 S. 38 (ebenso wie Eck), doch wird man dem nicht beistimmen, wenn man nach älterem Rechte ihr den Rechtsgeschäftscharakter abspricht. Den Erfüllungsgeschäften werden übrigens auch andere Tilgungsgründe (§§ 1164, 1165) gleichgestellt, vgl. Entsch. Bd. 53 Nr. 94 S. 379 ff. und Habicht 3. Aufl. S. 192 ff.

eben nicht der Inhalt der Schuld bestimmt, sondern eine Art und Weise der Tilgung.

Aber von diesen Regeln gelten nur Ausnahmen, besonders bei einem Miet- und Pachtverhältnis (Art. 171 u. 172). Diese Verhältnisse sind von längerer Dauer. Wenn man hier das alte Recht unbeschränkt fortgelten ließe, könnte es sehr lange währen, bis das neue Recht endlich Platz griffe. Darum läßt Art. 171 von einem gewissen Zeitpunkt an das Miet- und Pachtverhältnis aus dem Gebiet des alten Rechts in das des neuen übertreten, wenn nicht die Kündigung nach dem Inkrafttreten des B.G.B. für den ersten Termin erfolgt, für den sie nach dem bisherigen Recht zulässig ist. Z. B. in bezug auf die Aftervermietung, die bisherigen Kündigungsfristen, die Rücktrittsgründe und auch die gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters[1]) werden dann die alten Regeln maßgebend bleiben. Der Mieter behält auch über den 1. Januar 1900 hinaus sein bisheriges dingliches Recht, und umgekehrt im gemeinen Recht bekommt er auch nach diesem Zeitpunkte kein stärkeres Recht als bloße Detention und bleibt dem Satz unterworfen: Kauf bricht Miete.

Nur § 544 (über gesundheitsschädliche Wohnungen) halte ich für unbedingt zwingend und deshalb auf bestehende Rechtsverhältnisse anzuwenden.[2])

Man hat behauptet, daß länger als auf 30 Jahre ein Mietvertrag schlechterdings nicht wirksam sein könne. Aber wenn z. B. eine Pferdebahngesellschaft ein Grundstück für den Betrieb ihres Geschäftes auf 50 Jahre mietet, so kann m. E. die Dauer des Vertrags nicht mit dem 1. Januar 1900 auf 30 Jahre zusammenschrumpfen, weil das B.G.B. keine längere Bindung will. Es tritt also das Mietverhältnis aus dem alten Rechte heraus, wenn die Kündigung für den ersten Termin, für den er nach dem bisherigen Recht hätte erfolgen können, unterbleibt.

Fränkel in seiner Schrift über die Miete[3]) deutet diese Worte des Art. 171 so: Das alte Recht dauert so lange fort, bis die durch

[1]) Vgl oben Bd. I S. 490 Anm. 1.

[2]) In der Frage, ob zwingende Rechtssätze ohne weiteres Rückwirkung haben, hat das Reichsgericht widersprechende Anschauungen. Dagegen Entsch. Bd. 42 Nr 24 S. 99 ff. (daselbst Literatur S. 102), Bd. 54 Nr. 44 S 154. (Nach Entsch. Bd. 46 Nr. 39 S. 152 ff. sind die neuen Vorschriften über Ehemäklerlohn nicht auf ältere Geschäfte anzuwenden.) Für die Rückwirkung der zwingenden Rechtssätze m. E. mit Unrecht Entsch. Bd. 47 Nr. 23 S. 103, Bd. 49 Nr. 12 S. 49.

[3]) Das Miet- und Pachtrecht nach dem B.G.B. 1897. S. 105 Anm. 6. „Nicht die vertragsmäßig, sondern die gesetzlich zulässige Kündigung ist für die

die bisherigen Landesgesetze bestimmte Kündigungsfrist verstrichen ist, m. a. W. das alte Recht gilt nur auf die Länge der nach den Landesgesetzen bestehenden Kündigungsfristen. Da wir in Preußen bei Grundstückspacht 6 Monate gesetzliche Kündigungsfrist haben und bei Wohnungsmiete regelmäßig 3 Monate, im gemeinen Recht aber gar keine gesetzliche Kündigungsfrist besteht, so würde immer mit Ablauf dieser Fristen und nach gemeinem Recht sofort das neue Recht auch auf bestehende Mietverhältnisse Anwendung finden. Fränkel sagt ausdrücklich, es sei dabei ganz gleichgiltig, ob etwa durch Vertrag eine Kündigung auf längere Frist als bis zum 1. Januar 1900 ausgeschlossen war.

Aber diese Deutung ist unannehmbar. Vielmehr soll jede Partei von dem Zeitpunkt ab dem neuen Recht unterworfen sein, wo sie sich von dem Mietverhältnis hätte frei machen können, wenn sie gekündigt hätte. Die Ansicht Fränkels würde dahin führen, daß das Rechtsverhältnis zwischen Mieter und Vermieter seinen Inhalt ganz und gar ändert, während beide noch an dasselbe gebunden sind und vielleicht längere Zeit kraft Vertrages bleiben. Wenn dies der Gesetzgeber hätte bestimmen wollen, so konnte er einfach sagen, daß für alle Mietverhältnisse mit dem 1. Januar 1900 das neue Recht in Kraft tritt. Außerdem vermeidet ja Art. 171 den Ausdruck „gesetzliche Kündigungsfrist" ganz und gar, während er doch hätte gebraucht werden müssen, wenn Fränkels Gedanke richtig wäre. Darum ist die richtige Deutung, die auch die herrschende ist, die: Der erste Termin ist gemeint, für welchen die Kündigung nach den bisherigen Gesetzen zulässig ist. Das ist derjenige, an welchem jede Partei abgesehen von dem neuen Recht das Mietverhältnis lösen konnte, sei es nun zu Folge der nach dem alten Recht getroffenen Vertragsbestimmungen, sei es in Ermangelung einer solchen nach den Regeln des alten Gesetzes. Also nicht bloß auf die gesetzliche Kündigungsfrist kommt es an, sondern auch auf die überhaupt unter den Parteien bestehende.[1])

Wer unter dem alten Recht gemietet hat mit 6 monatlicher Kündigungsfrist, die Kündigung aber frühestens am 1. Januar 1901 erfolgen

---

Fortwirkung der bisherigen Gesetze auf das Vertragsrecht maßgebend." Vgl. dagegen Entsch. des R.G. Bd. 52 Nr. 32 S. 123, nach der Mietverhältnisse auf bestimmte Zeit während dieser dem alten Rechte unterliegen.

[1]) Vgl. zu § 171 Literatur in den Entsch. des R.G. Bd. 53 Nr. 42 S. 170, Prot. Bd. VI S. 499 ff. — Das Reichsgericht Entsch. Bd. 55 Nr. 58 S. 259 will Art. 171 auf die bei Zwangsversteigerungen fortdauernden älteren Mietverträge nicht beziehen. (Anders Riedner.) Eine Analogie dürfte doch am Platze sein.

durfte, der tritt, wenn er nicht 6 Monate vorher, am 1. Juli 1900 kündigt, am 1. Januar 1901 unter das neue Recht, weil er sich nicht rechtzeitig losgemacht hat. Ebenso ist zu entscheiden, wenn auf einen festen Zeitpunkt gemietet war, etwa bis zum 1. Januar 1901, und nach diesem Zeitpunkt stillschweigend das Mietverhältnis fortgesetzt wird.

Wenn ein Teil kündigen konnte und der andere nicht, so ist unmöglich zu denken, daß der eine Kontrahent, der kündigen konnte, nach dem neuen Recht beurteilt werde, und der andere, der nicht kündigen konnte, nach dem alten Recht. Vielmehr tritt das neue Recht erst dann ein, wenn jeder der beiden durch Kündigung Auflösung des Mietverhältnisses hätte herbeiführen können, es aber nicht getan hat.[1])

Der gleiche Übertritt des Vertragsverhältnisses aus dem alten in das neue Recht wird auch für einen Dienstvertrag statuiert (Art. 171).

Bei der Sachmiete ist noch eine zweite Besonderheit durch Art. 172 hinzugefügt.[2]) Wenn eine Sache am 1. Januar 1900 vermietet oder verpachtet war und dann nach dem 1. Januar 1900 veräußert oder belastet wird, so hat der Mieter gegen den Erwerber die dem Mieter durch das B.G.B. gegebenen Rechte. Es gilt also zu seinen Gunsten der Satz: Kauf bricht Miete nicht. Freilich wird man hinzudenken müssen, daß auch die gesetzlichen Bedingungen dieser Rechte gegen den Erwerber erfüllt sein müssen, also namentlich Überlassung der Sache an den Mieter. Art. 172 wird dem Mieter nicht zu gute kommen, wenn er im Dezember 1899 gemietet hat, aber erst am 1. Februar 1900 einziehen wollte, und das Wohnhaus inzwischen schon am 1. Januar 1900 veräußert wird. Wohl aber kann natürlich in diesem Falle der Mieter möglicherweise kraft des alten Rechts einen Schutz genießen. Wenn der Erwerber Kenntnis von dem Mietvertrag hatte, ist er nach preußischem Recht wegen des ius quasitum, das der Mieter hatte, gebunden.

Art. 173 betrifft die Gemeinschaft nach Bruchteilen. Freilich ist das ein obligatorisches Verhältnis. Aber Art. 173 unterwirft sie abweichend von der Regel sofort dem neuen Recht. In dieser Gemeinschaft nach Bruchteilen sah man wohl nicht ein reines Schuldver-

[1]) Ebenso Entsch. des R.G. Bd. 53 Nr. 42 S. 171.

[2]) Art. 172 bezieht sich auf Fälle der Zwangsversteigerung nicht, Entsch. Bd. 48 Nr. 13 S. 39; vgl. zu Art. 172 Bd. 53 Nr. 63 S. 250 und daselbst weitere Literatur.

hältnis mit schneller Abwicklung, sondern ein an ein Sachenrecht geknüpftes Verhältnis. Deswegen wird Art. 173 nicht bloß bei einer communio incidens gelten müssen, sondern auch wenn eine Gemeinschaft durch Vertrag oder Erbgang begründet ist; denn auch dann haben wir die Gemeinschaft nach Bruchteilen.

Auch die Auseinandersetzung unter Miterben würde in Zukunft nicht mehr durch Teilungsurteil mit konstitutiver Kraft, sondern nach den Regeln des B.G.B. und des Gesetzes betreffend die freiwillige Gerichtsbarkeit sich abwickeln müssen.

Das Recht der Inhaberpapiere ist besonderen Übergangsbestimmungen unterworfen. Nach juristischen Prinzipien würde bei Inhaberpapieren für die Anwendung des alten oder neuen Rechts alles auf den Tag der Emission ankommen; denn damit wird doch erst ein Schuldverhältnis begründet, m. a. W. die vor dem 1. Januar 1900 ausgegebenen Inhaberpapiere müßten nach den allgemeinen Regeln unter das alte Recht fallen, die nach dem 1. Januar 1900 ausgegebenen unter das neue Recht. Aber nach Art. 174 ist vielmehr der Tag der Ausstellung maßgebend. Nur der Tag der Ausstellung ist sicher erkennbar, der Tag der Emission dagegen dem Papier nicht anzusehen.

Für die vor dem 1. Januar 1900 ausgestellten Inhaberpapiere gilt übrigens das alte Recht nur mit Ausnahmen, nämlich sechs neue Paragraphen, die Art. 174 nennt, werden auch auf diese vor dem 1. Januar 1900 ausgestellten Papiere angewendet. Doch sind diese 6 Paragraphen keineswegs die wichtigsten, sodaß man nicht sagen kann, die Regel würde durchweg in ihr Gegenteil verkehrt. Danach ist z. B. nicht nach dem neuen Recht zu entscheiden die Frage, ob aus einem vor dem 1. Januar 1900 ausgestellten Inhaberpapier, wenn es nach dem 1. Januar 1900 wider den Willen des Ausstellers in den Verkehr gebracht wird, ihm gestohlen wird u. dgl. m., der Aussteller hafte. Das neue Recht bestimmt dies, im bisherigen Recht war die Frage streitig und wurde vielfach verneint. Die Frage wird auch in Zukunft nach bisherigem Recht zu entscheiden sein, denn § 794 ist in Art. 174 nicht mit allegiert.

Aber sofort in Kraft tritt für die am 1. Januar 1900 ausgestellten Inhaberpapiere der äußerst wichtige § 806 Abs. 1, wonach die Umschreibung eines Inhaberpapiers in ein Namenpapier nur noch durch den Aussteller möglich ist. Also eine Außerkurssetzung durch den Eigentümer des Papiers oder durch eine Vormundschaftsbehörde u. dgl. m. werden ausgeschlossen. Zum Überfluß ist das

in Art. 176 noch ausdrücklich bestimmt. Nun fügt aber Satz 2 des Art. 176 einen gewaltigen Eingriff in wohlerworbene Rechte hinzu. Nämlich auch die schon vor dem 1. Januar 1900 bewirkte Außerkurssetzung verliert ihre Wirkung mit dem Inkrafttreten des B.G.B. Also wird das Papier von selber wieder Inhaberpapier. Wer es noch im laufenden Jahre außer Kurs gesetzt hatte und wenn es dann gestohlen worden ist, der hat es nur bis Ende Dezember als Namenpapier in seinem Eigentum. Das ist von großem Wert namentlich für unredliche Erwerber von solchen außer Kurs gesetzten Papieren. Diese können vom 1. Januar 1900 ab durch Veräußerung an einen redlichen Dritten solche gestohlene außer Kurs gesetzte Papiere sofort in das Eigentum oder Pfandrecht des Dritten bringen.

Über ausländische Papiere kann man streiten, da das E.G. nach seiner Gewohnheit die ausländischen Verhältnisse grundsätzlich unberührt läßt. Ich glaube, daß Art. 176 auch auf ausländische Papiere Anwendung finden muß. Habicht[1]) freilich ist anderer Meinung.

Für qualifizierte Inhaberpapiere oder hinkende Inhaberpapiere, insbesondere für Sparkassenbücher entscheidet Art. 177, falls sie schon vor dem 1. Januar 1900 ausgegeben sind, im ganzen zu Gunsten des alten Rechtes. Insbesondere tritt das neue Recht nicht in Geltung für die schon vor dem 1. Januar ausgestellten Sparkassenbücher, denn § 808 Abs. 1 ist nicht als in Kraft tretend mit angeführt.

§ 808 betrifft die Frage, ob die Zahlung auf eine solche Urkunde, z. B. auf ein Sparkassenbuch, die an einen Nichtberechtigten geleistet wird, den zahlenden Schuldner auch dann befreit, wenn er die Nichtberechtigung kannte oder kennen mußte. Nach dem B.G.B. ist dies der Fall. Nach bisherigem Recht ist das aber keineswegs angenommen und besonders nach preußischem Recht gewiß nicht anzunehmen. Es ist daher von größter Wichtigkeit, daß die vor dem 1. Januar 1900 ausgegebenen Sparkassenbücher dieser strengen Bestimmung des B.G.B. nicht unterliegen. Wenn solch ein Sparkassenbuch auf Einzahlungen lautet, die teils unter dem alten und teils unter dem neuen Recht gemacht sind, und die Sparkasse später, z. B. im Februar oder Mai 1900, an einen Präsentanten gezahlt hat, dessen Nichtberechtigung sie kannte oder kennen mußte, so wird wohl das Sparkassenbuch als Einheit behandelt werden

[1]) 3. Aufl. S. 332 Anm. 1 mit Bezugnahme auf Dernburg, Bürg. R. Bd. II § 154 Note 8. Ecks Ansicht ist wegen der aus ihr folgenden Entwertung ausländischer Vermögensstücke nicht unbedenklich.

müssen, die Beträge können nicht gesondert werden, außer wenn Rückzahlungen stattgefunden haben.[1]) Daher wird auch für die nach dem 1. Januar 1900 gemachten Einzahlungen das alte Recht maßgebend bleiben, mit der geringen Ausnahme, die Art. 177 am Schlusse hinzufügt, daß die Vorschriften des § 808 Abs. 2, wonach solche Papiere durch Aufgebot für kraftlos erklärt werden können, Geltung erlangen sollen.

Beim Sachenrecht gilt gerade die umgekehrte Regel wie beim Schuldrecht. Auch die bestehenden Sachenrechte bekommen den Inhalt, der dem B.G.B. entspricht (Art. 180 u. 181).[2])

Freilich scheint Art. 184 für dingliche Rechte an fremden Sachen das Gegenteil zu bestimmen. Nun ergibt sich aber aus der Mehrzahl der dort als Ausnahmen aufgeführten Artikel das Gegenteil dieser Regel. Zunächst ist für das Erbbaurecht in demselben Art. 184 bestimmt, daß hier die Vorschriften des § 1017 Anwendung finden, also das neue Recht hier in Kraft tritt. Auch bei Grunddienstbarkeiten finden die Vorschriften der §§ 1020—1028 B.G.B. Anwendung, also die wichtigsten Paragraphen von den Grunddienstbarkeiten. Und nach den Art. 192—195 treten auch Hypotheken und Grundschulden überwiegend unter das neue Recht. Also beginnt der Artikel wieder einmal mit einer Regel, die nachher in ihr Gegenteil verkehrt wird.

Freilich gehört bei Rechten an Grundstücken zum Erwerb und Verlust, zur Änderung ihres Inhalts und Ranges die Eintragung in ein Grundbuch. Deswegen kann, solange ein solches Grundbuch für irgend einen Bezirk nicht angelegt ist, auch für alle jene eben skizzierten Rechtsgeschäfte selbst nach dem 1. Januar 1900 noch nicht das neue, sondern nur das alte Recht Anwendung finden (Art. 189 Abs. 1). Von der Anlegung des Grundbuchs ab dagegen können natürlich jene Rechtsgeschäfte nur nach neuem Recht erfolgen, was nicht erst ausgesprochen ist. Indessen soll die Aufhebung eines Rechtes, das auf einem Grundstück zu der Zeit, wo das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, lastet, doch auch nach dieser Zeit noch nach bisherigem Recht erfolgen können, so lange das Recht nicht eingetragen worden ist. Der Gedanke ist dabei, zu verhüten, daß Rechte nicht bloß zu dem Zwecke eingetragen werden müßten, um nachher wieder gelöscht werden zu können.

---

[1]) Eck denkt hier wohl an solche Rückzahlungen, die den Betrag des vor dem Jahre 1900 Eingezahlten erschöpfen. Übrigens ist seine Einheitstheorie nicht unanfechtbar.

[2]) Vgl. oben S. 281 Anm. 1.

Wann nun aber das Grundbuch für einen Bezirk als angelegt anzusehen ist, das soll nach Art. 186 für jeden Bundesstaat durch landesherrliche Verordnung bestimmt werden.[1]) Dann kann das neue Recht eingeführt werden.

Es fragt sich nun, ob dingliche Rechte, die zu dieser Zeit, wo das Grundbuch fertiggestellt ist, bereits bestehen, noch nachträglich eingetragen werden müssen. Darauf werden eine Anzahl positiver Antworten im einzelnen gegeben. Zunächst bedürfen Grunddienstbarkeiten nach Art. 187 der Eintragungen nicht, aber es kann jeder der Beteiligten, der Berechtigte wie der Belastete, Eintragung verlangen, und ein Landesgesetz kann sie sogar vorschreiben.

Gesetzliche Pfandrechte, die in dem Augenblick, wo das Grundbuch als angelegt zu erachten ist, bestehen, genießen keinen solchen Dispens von der Eintragung, wie die Grunddienstbarkeiten, aber es ist der Landesgesetzgebung für die Dauer von 10 Jahren vorbehalten, einen solchen Dispens auszusprechen (Art. 188). Sie sind im gemeinen Recht oft sehr schwer zu ermitteln, und deswegen würde es sehr unbequem sein, wenn sie eingetragen werden müßten.

Bis zur Anlegung des Grundbuchs behalten die Regeln über den Schutz im Besitz von Grunddienstbarkeiten ihre Geltung (Art. 191). Von da ab würden nun freilich nach der im Servitutenrecht ausgesprochenen Regel Besitzesschutz nur noch eingetragene Grunddienstbarkeiten genießen (§ 1029), indessen gewährt Art. 191 auch denen, die der Eintragung nicht bedürfen, in gewissen Grenzen noch fortdauernden Besitzesschutz.

Pfandrechte, die bei der Anlegung des Grundbuchs an Grundstücken bestehen, verwandeln sich nach Art. 192 von selber in Buchhypotheken, oder, wenn der Betrag der versicherten Forderung nicht bestimmt ist, in eine Sicherungshypothek.[2]) Also wird vermöge dieser Verwandlung das bisherige Pfandrecht auch vielfach einen ganz andern Inhalt bekommen, denn die Hypothek erstreckt sich ja auf eine Menge

---

[1]) Für Sachsen galt z. B. das Grundbuch am 1. Januar 1900 als angelegt. Entsch. Bd. 55 Nr. 51 S. 219.

[2]) Die Entsch. des R.G. Bd. 47 Nr. 36 S. 160 bemerkt, daß die Abänderung der bisherigen Pfandrechte durch Art. 192 zweifellos einen Eingriff in bestehende Rechte enthält. Die Umwandlungen der Kautionshypotheken in Maximalhypotheken schädigen die Lage der Gläubiger (Entsch. Bd. 49 Nr. 39 S. 164), weil nur die ersteren bloß bedingte Rechte waren, vgl. hierzu oben Bd. II S. 562 (Nachtrag). Über die zweifelhafte Anwendung des Art. 192 auf Arrestvormerkungen bestehen Meinungsverschiedenheiten, Entsch. Bd. 49 Nr. 28 S. 108.

von neuen Gegenständen, die das bisherige Pfandrecht nicht mitumfaßte.[1])

In Art. 195 ist auch für Grundschulden bestimmt, daß sie sich in Grundschulden im Sinne des B.G.B. verwandeln.

Die Landesgesetze können aber auch die bestehenden Pfandrechte in eine Briefhypothek verwandeln und die Pfandurkunden für Hypothekenbriefe im Sinne des B.G.B. erklären (Art. 195). Andererseits kann nach Art. 194 die Landesgesetzgebung auch dem Nachhypothekar sein jetzt geltendes Aufrückungsrecht wahren, also eine Eigentümerhypothek ausschließen, wenn die Vorhypothek sich mit dem Eigentum in einer Hand vereinigt.[2])

Für das Familienrecht sind die Übergangsbestimmungen ebenso wie für das Sachenrecht von dem Grundgedanken beherrscht, daß die bestehenden Verhältnisse möglichst schnell dem neuen Recht unterworfen werden sollen, damit das Inkrafttreten des B.G.B. praktisch nicht zu weit hinausgeschoben werde.

1. Dies zeigt sich zunächst bei der Ehe (Art. 198 Abs. 2). Eine nach bisherigem Recht nichtige oder ungültige Ehe wird von selber zu einer gültigen umgewandelt, wenn die Gatten noch zusammenleben und der Grund der Nichtigkeit oder Ungültigkeit nach dem B.G.B. die Wirkung der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit nicht oder nicht mehr haben würde. Hier haben wir eine Art Rückwirkung in affirmativem Sinne.[3]) Wenn z. B. ein unzuständiger Standesbeamter die Ehe geschlossen hat, ist sie jetzt nichtig, nach B.G.B. nicht mehr, denn da ist die Zuständigkeit des Standesbeamten bloß eine Sollvorschrift. Die

[1]) Beispiele zu Art. 192 Entsch. Bd. 51 Nr. 56 S. 233, Bd. 54 Nr. 25 S. 84, Nr. 95 S. 362 ff. Nicht valutierte Hypotheken verwandeln sich in Eigentümergrundschulden (Entsch. des R.G. Bd. 48 Nr. 15 S. 48 ff., Bd. 51 Nr. 90 S. 399). Diese Umwandlung der nicht valutierten Hypotheken bezieht sich aber nicht auf Kautionshypotheken, die vielmehr zu löschen sind, sofern der zu sichernde erwartete Hauptanspruch nicht zur Entstehung gelangt ist und auch nicht mehr zur Entstehung gelangen kann (Entsch. Bd. 52 Nr. 16 S. 60 ff., Nr. 30 S. 116, Nr. 104 S. 414). Zu den Rechten, die sich nicht in eine Hypothek verwandeln konnten, gehört auch die Vormerkung, die nach preuß. Recht im Zwangsvollstreckungswege eingetragen war (Entsch. des R.G. Bd. 52 Nr. 12 S. 40 ff.).

[2]) Art. 194 ist von der preußischen Gesetzgebung nicht benutzt worden (Entsch. Bd. 48 Nr. 15 S. 55). (Dies würde dem bisherigen Rechtszustande nicht entsprochen haben.) Vgl. aber auch oben S. 275 Z. 7 ff.

[3]) Daß Art. 198 Abs. 2, um Ehen möglichst aufrecht zu erhalten, eine nicht unbedenkliche Rückwirkung ausübt, dessen war man sich bei seinem Erlasse bewußt. (Entsch. des R.G. Bd. 48 Nr. 37 S. 165.) Jedenfalls darf die Vorschrift nicht etwa im Sinne des § 17 Einl. A.L.R. verallgemeinert werden, Entsch. Bd. 55 Nr. 9 S. 39.

Ehe wird ebenfalls gültig, wenn an der bloßen Form etwas versäumt ist oder die Eintragung in das Register unterblieben ist. Kurz, die Milderung der Formvorschriften des B.G.B. hat hier eine sehr starke rückwirkende Kraft.

2. Nach Art. 199 sind die persönlichen Rechtsbeziehungen der Gatten zueinander auch für eine bestehende Ehe dem neuen Recht unterworfen.[1]) Die hausherrlichen Rechte des Mannes oder die Nichtigkeit gewisser Abreden unter den Ehegatten, z. B. daß die Frau das Domizil des Mannes zu bestimmen habe u. s. w. treten auch für bestehende Ehen in Kraft.[2])

3. Nun scheint zwar für den Güterstand und damit für den Hauptpunkt nach Art. 200 das bisherige Landesrecht maßgebend zu bleiben. Diese Bestimmung wird namentlich in der Mark praktisch für das Wahlrecht des überlebenden Ehegatten. Allein der Schlußartikel des E.G. Art. 218 gestattet eine Änderung des Landrechts, und da Art. 200 den nach Landesrecht bestehenden Güterstand erhalten wissen will, so kann das Landesrecht den Güterstand abändern. Das ist auch in den Ausführungsgesetzen überall unternommen worden, so ist besonders im preußischen Recht wohl die stärkste Überführung des bisherigen Güterrechts in das neue angeordnet worden.[3]) So haben wir das Resultat, daß ungeachtet des Art. 200 praktisch auch für den Güterstand überwiegend das neue Recht maßgebend wird, wenn auch nicht durch das E.G. selber, so doch durch Landesrecht.

4. In derselben Richtung ist Art. 201 über Scheidung und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erlassen. Auch diese unterliegen dem neuen Recht, sogar für anhängige Prozesse. Letzteres ist zwar nicht ausgesprochen, folgt aber schon aus dem Gedanken des Gesetzes.

---

[1]) Zur Umwandlung des persönlichen Verhältnisses der Ehegatten am 1. Januar 1901 gehört, daß die Unterhaltspflichten während der Ehe vom 1. Januar 1900 ab dem neuen Rechte unterliegen (Entsch. Bd. 50 Nr. 69 S. 307), ferner, daß ein Ehebruch, der nach dem 1. Januar 1900 geschehen ist, nicht die Kompensationskraft hat, die das ältere Recht ihm gab (Entsch. Bd. 52 Nr. 60 S. 226). Dagegen wirkt die Ehebruchskompensation nach älterem Rechte nach (Entsch. Bd. 46 Nr. 25 S. 90 ff., Bd. 47 Nr. 2 S. 6). Auch kann bei Scheidungen, die vor der Geltung des neuen Rechts ergangen sind, im Falle der Berufung der Schuldfrage nicht nach neuem Recht beurteilt werden. Beides gehört unter ein und dieselbe Rechtsordnung, Entsch. Bd. 46 Nr. 37 S. 149.

[2]) Auch Anträge auf Gestattung der Trennung während eines Scheidungsprozesses unterliegen nach Art. 169 dem neuen Rechte, Entsch. Bd. 46 Nr. 108 S. 385.

[3]) Vgl. oben Bd. II S. 409 Anm. 3. Diese Anpassung des älteren Güterrechts an das B.G.B. ist namentlich auch in Bayern geschehen, Entsch. des R.G. Bd. 54 Nr. 75 S. 283.

Wenn ein Scheidungsprozeß auch in zweiter Instanz schwebt und inzwischen der 1. Januar 1900 herankommt, so kann die Scheidung nur nach dem neuen Recht ausgesprochen werden. Wenn eine Verfehlung, die einen Scheidungsgrund bildet, vor dem 1. Januar 1900 begangen ist, so bleibt diese Verfehlung ein Scheidungsgrund nur dann, wenn sie es auch nach neuem Recht ist (Art. 201 Abs. 2).[1])

Eine Bestimmung für die Wirkung einer beständigen oder zeitweiligen Trennung von Tisch und Bett trifft Art. 202.

Nach Pr. A.L.R. hatte, wenn eine Ehe geschieden ist und der Mann z. B. für den allein schuldigen Teil erklärt ist, die Frau bekanntlich ein Wahlrecht, sie konnte Alimente oder eine Kapitalabfindung begehren. Hat sie nun Alimente gewählt und bezieht diese, dann erlischt ihre Alimentenforderung nach preußischem Recht nicht einmal, wenn sie zu einer neuen Ehe schreitet.[2]) Anders nach dem B.G.B. § 1581 Abs. 1. Hier erlischt der unter der Herrschaft des preußischen Rechts erworbene Anspruch m. E. auch dann nicht, wenn sie nach dem 1. Januar 1900 zu einer neuen Ehe schreitet. Denn die Frau hat dadurch, daß sie die Wahl traf, ein ius quaesitum erlangt, sie hat den Kapitalsanspruch verloren, und es wäre äußerst unbillig, wenn sie auch den Alimentenanspruch verlieren sollte, den sie mit der Befugnis, eine neue Ehe einzugehen, erworben hatte. Es ist ein Vertragsverhältnis zwischen ihr und dem Mann zu stande gekommen, dessen Wirkung durch das neue Gesetz nicht aufgehoben werden kann.

5. Auch das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern bestimmt sich nach dem neuen Recht, wenn auch diese Kinder vor dem 1. Januar 1900 geboren sind (Art. 203).[3])

Das Wort „Eltern", das der Artikel gebraucht, ist aber nicht so zu verstehen, daß beide Eltern noch vorhanden sein müssen, sondern das gilt auch für jeden einzelnen parens. Daraus ergibt sich, daß, wenn die Mutter etwa Vormünderin ihrer Kinder ist, sie am 1. Januar 1900 aufhört, es zu sein und nach dem neuen Recht elterliche Gewalt bekommt.

[1]) Nach Entsch. Bd. 47 Nr. 10 S. 32 genügt ein bloßer Trennungsgrund des alten Rechts, um als Scheidungsgrund nach neuem Rechte verwertet zu werden. Gegen ein Mißverständnis des Art. 201 kehrt sich die Entsch. Bd. 46 Nr. 41 S. 157. Ein Beispiel für Art. 201 Abs. 2 gibt die Entsch. des R.G. Bd. 46 Nr. 42 S. 160.

[2]) A.L.R. II, 1 § 508.

[3]) Die Konkursgläubiger müssen darunter leiden, daß die väterliche Nutznießung nicht mehr pfändbar ist, auch nicht in einem Verfahren, das am 1. Januar 1900 bereits schwebte, Entsch. Bd. 48 Nr. 42 S. 192 ff. — Art. 207 enthält für Kinder geschiedener Eltern eine Ausnahme von Art. 203, Entsch. Bd. 52 Nr. 65 S. 247.

Nach Art. 204 ff.[1]) bleibt das bisherige Recht in Kraft, wenn ein parens durch obrigkeitliche Anordnung in der Vormundschaft beschränkt war, z. B. wenn der Mutter vom Vater ein Beistand zugeordnet war oder infolge einer Scheidung die Sorge der Eltern für ihre Kinder besonders geregelt war. Das ist eine Ausnahme von der grundsätzlichen Geltung des neuen Rechts für familienrechtliche Verhältnisse.

6. Dagegen ist für uneheliche Kinder, die vor dem 1. Januar 1900 geboren sind, die Rechtsstellung im allgemeinen nach dem neuen Recht bestimmt (Art. 208).[2]) Das gilt also nicht bloß gegenüber der Mutter, sondern auch gegenüber dem Vater und dessen Verwandten. Dadurch verschlechtern sich in manchen Beziehungen die Rechte der unehelichen Kinder sehr. Sie verlieren z. B. das ihnen nach gemeinem und preußischem Recht zustehende Erbrecht, sie haben ferner keinen subsidiären Anspruch gegen den väterlichen Großvater u. dgl. m. Freilich bekommen sie dafür die mancherlei stärkeren Ansprüche, die das B.G.B. den unehelichen Kindern gegen den Vater gibt. Nur in ein paar Punkten soll es beim bisherigen Recht verbleiben, nämlich für die Erforschung der Vaterschaft, für die Rechte der Kinder auf Führung des väterlichen Familiennamens und für die Unterhaltspflicht des unehelichen Vaters.

7. Auch die Vormundschaften und Pflegschaften, die bereits am 1. Januar 1900 bestehen, unterliegen dem neuen Recht (Art. 210). Aber es bleiben die bisherigen Vormünder, Pfleger und Familienratsmitglieder im Amt.[3]) Dagegen sind Gegenvormünder, wenn solche nach dem B.G.B. nicht zu bestellen sein würden, zu entlassen. Dem bisherigen Gesetze schlechtweg unterworfen bleiben eigentlich nur die Legitimation und Adoption (Art. 204) und scheinbar das Recht der Mündelsicherheit von Wertpapieren (Art. 212). Da aber diese Mündelsicherheit ja nur landesgesetzlich geregelt ist und durch neue Gesetze das geltende Recht geändert werden kann, und tatsächlich auch geändert wird, wie in Preußen durch das A.G. zum B.G.B. (Art. 73 ff.), so verliert das bisherige Recht meist auch hier seine Geltung.

---

[1]) Zur Erläuterung des Art. 206 vgl. Entsch. des R.G. Bd. 46 Nr. 45 S. 168 ff.

[2]) Durch Art. 208 wurde es möglich, daß die Brautkinder sächsischer Staatsangehöriger ihre Rechte im Gebiete des französischen Rechtsgebietes verfolgen. Entsch. Bd. 48 Nr. 38 S. 168 ff.

[3]) Dies betrifft auch gesetzliche Vormünder. Den Einfluß dieser Vorschrift auf die badische Mutter unehelicher Kinder behandelt die in der Entsch. des R.G. Bd. 48 Nr. 76 S. 357 Anm. 1 angeführte Literatur.

Das Erbrecht ist in den Art. 213—217 kurz abgemacht. Wenn ein Erblasser vor dem 1. Januar 1900 stirbt, dann bleiben gerade wie im Schuldrecht die bisherigen Gesetze maßgebend (Art. 213).[1]) Hier ist wieder der Gedanke maßgebend, daß ein Erbverhältnis sich rasch abwickelt. Daher ist es nicht notwendig, das neue Recht einzuführen. Also sowohl die gesetzliche, wie die testamentarische Erbfolge, die Rechtsstellung des Erben, auch der Erwerb der Erbschaft, der nach gemeinem Recht erst durch Antretung erfolgt, das Recht einer Transmission, ferner die Erbunwürdigkeit, die Haftung des Erben gegen Gläubiger und Legatare regeln sich nach dem bisherigen Recht. Obwohl ein Konflikt aufzutauchen scheint, wird man das auch für die Teilung unter Miterben annehmen müssen. Man wird einwenden, daß sich dies mit dem Art. 173 nicht vereine, wonach für die Gemeinschaft nach Bruchteilen das neue Recht in Geltung tritt. Man wird annehmen müssen, daß Art. 173 die Regel enthält und nur, soweit beim Erbrecht besondere Regeln über die Erbgemeinschaft bestehen, diese maßgebend bleiben. Also wird die Kollationslehre nach bisherigem Recht zu erledigen sein. Freilich kommt sie bei der Gemeinschaft nach Bruchteilen zum Vorschein; aber es ist eine erbrechtliche Besonderheit, und darum kann auch für sie nur das alte Recht gelten, immer vorausgesetzt, daß der Erblasser vor dem 1. Januar 1900 gestorben ist. Wenn er nach dem 1. Januar 1900 stirbt, so gilt ebenso allgemein das neue Recht.

Dieses harte Aneinanderstoßen der Rechte kann zu eigentümlichen Verwicklungen führen, da das gemeine Recht von dem B.G.B. gerade in Hauptpunkten abweicht. Wenn z. B. eine Mutter Ende Dezember 1899 verstorben war und ihr einziger Sohn, der berufen war, ohne erworben zu haben, schon im Januar 1900 ebenfalls stirbt, so bekommen dessen Kinder nach gemeinem Recht zwar beide Erbschaften, nämlich die großmütterliche Erbschaft durch Transmission und die väterliche Erbschaft unmittelbar. Aber die letztere bekommen sie nach neuem Recht, weil der Vater nach dem 1. Januar 1900 gestorben ist, die großmütterliche Erbschaft nach altem Recht, weil die Großmutter schon im Dezember 1899 gestorben ist. Es müssen daher beide Erbschaften getrennt reguliert werden, obwohl eigentlich beide den Kindern durch den Tod des Vaters zufallen.

[1]) Vgl. hierzu die Entsch. des Reichsgerichts Bd. 46 Nr. 20 S. 70 ff., Bd. 54 Nr. 67 S. 242, Bd. 54 Nr. 102 S. 399. Nach Bd. 46 Nr. 42 S. 73 zählt das R.G. zu dem Begriffe der erbrechtlichen Verhältnisse alle Verhältnisse, die mit dem Anfalle und dem Erwerbe einer Erbschaft in Zusammenhang stehen. Nach Entsch. Bd. 48 Nr. 25 S. 101 bezieht sich Art. 214 nicht auf Testamentseröffnungen.

Nur in ein paar Punkten bleibt das alte Recht maßgebend auch für denjenigen, der nach dem 1. Januar 1900 gestorben ist:

1. Für eine Verfügung von Todes wegen, die der Erblasser vor dem 1. Januar 1900 errichtet oder aufgehoben hat und auch für die Bindung des Erblassers durch einen Erbvertrag oder gemeinsames Testament aus der Zeit des alten Rechts (Art. 214).

2. Auch die Testierfähigkeit, die ein Erblasser vor dem 1. Januar 1900 erlangt und bereits zur Errichtung einer Verfügung benutzt hatte (Art. 215) gilt merkwürdigerweise weiter.[1])

Wenn z. B. ein 14jähriger junger Mann seine nach preußischem Recht erlangte Testierfähigkeit benutzte und noch im Dezember 1899 testierte, so konnte er nach dem 1. Januar 1900 das Testament wieder vernichten und behielt doch die Testierfähigkeit, während er sie nach dem B.G.B. erst mit dem 16. Jahr erlangt haben würde.

3. Auch für die Befreiung gewisser ritterschaftlicher Familien, namentlich im Rheinland, von der Berücksichtigung des Pflichtteilsrechts bleiben die Landesgesetze maßgebend (Art. 216).

In Preußen sind durch zwei Verordnungen von 1816 und 1837 diesen rheinischen adligen Familien Dispensation vom Pflichtteilsrecht erteilt worden.[2])

4. Für einen vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Erbverzicht bleibt ebenfalls das alte Recht maßgebend (Art. 917). Das ist ja eigentlich ganz selbstverständlich. Wenn ein Erbverzicht durch Vertrag vor dem 1. Januar 1900 errichtet ist, muß er seine Wirkung auch über den 1. Januar hinaus behalten. Trotzdem ist dieser Artikel aufgenommen worden, weil in dem Entwurf I der Erbverzicht wie ein Testament konstruiert war, das mit Zustimmung des Verzichtenden vom Erblasser errichtet worden ist. Bei dieser Auffassung hätte man sagen können, daß die Regeln über die Aufhebung eines Testaments auch auf den Erbverzichtvertrag Anwendung finden sollen.[3]) Allein die Auffassung des ersten Entwurfs ist beseitigt, und darum ist Art. 217 eigentlich überflüssig geworden.

---

[1]) Merkwürdig ist namentlich das Gewicht, das auf die tatsächliche Benutzung der Testierfähigkeit gelegt wird. Man wollte nur verhindern, daß der Testator an die alte Verfügung fest gebunden werde, nicht aber den Rechtsvorteil der Testierfähigkeit unbedingt einem wohlerworbenen Rechte gleichstellen.

[2]) Kabinetsordre v. 16. Januar 1836 und Kgl. Verordn. v. 21. Januar 1837. vgl. Habicht a. a. O. S. 736, insbesondere Anm. 1 gegen die Anwendbarkeit des Art. 216 in Baden.

[3]) M. E. wäre dies keine unbedenkliche Schlußfolgerung gewesen.

Art. 218 enthält die Vorschrift, daß somit nach den Vorschriften des E.G. die Landesgesetze auch fernerhin maßgebend sind, sie durch neue Landesgesetze geändert werden können.

Wegen der ungezählten Zweifel, die das E.G. bei allen seinen Vorzügen übrig läßt, ist auf das Buch von Habicht zu verweisen, das in der Tat mit ausgezeichneter Gründlichkeit und großem Scharfsinn gearbeitet ist und auch diese Fragen meist gerecht und befriedigend entscheidet.

So kann man denn von dem B.G.B. scheiden mit dem wohltuenden Eindruck, daß gerade die Schlußpartien des E.G. zum besten gehören und sich namentlich vorteilhaft gegen das internationale Privatrecht abheben.

Sachregister

bearbeitet von

Referendar Hugo Eylau aus Merseburg.

(2, 541 = Band II Seite 541.)

A.

Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte macht untauglich znm Vormund 2, 541; zum Testamentszeugen 3, 164.

Abfindung bei Gutsübernahme 1, 317; — eines unehelichen Kindes 2, 506.

Abgabe von Willenserklärungen 1, 165 f.

Abgaben, Haftung beim Verkaufe eines Grundstücks 1, 438; beim Erbschaftskaufe 3, 231.

Abhanden gekommene Schuldverschreibungen 1, 590; Eigentumserwerb an — Sachen 2, 122; Ausschluß der Eigentumsvermutung 2, 184; Herausgabeanspruch 2, 194.

Abholungsrecht des Besitzers 2, 47; des Eigentümers 2, 183.

Abkömmlinge, Unterhaltsgewährung an oder durch — 1, 537; Vorhandensein von A. als Voraussetzung für fortgef. Gütergemeinschaft 2, 450; Unterhaltsanspruch und -pflicht 2, 476 ff.; Wirkung der Legitimation 2, 522, 524; der Adoption 2, 530; Gesetzl. Erbrecht 3, 6, 11 f.; Pflichtteilsrecht 3, 204, 207 ff., 213 ff.; Erbverzicht 3, 12, 196; Einsetzung eines Nacherben 3, 104; Enterbung in guter Absicht 3, 181, 189, 224 f.; Ausgleichungspflicht 3, 62 ff., 213 ff.; Entziehung des Pflichtteils 3, 222 f.

Abkürzung der Verjährungsfrist 1, 211.

Ablehnung des Vertragsantrages 1, 167; der fortgef. Gütergemeinschaft 2, 451; der Vormundschaft 2, 541; des Amtes als Testamentsvollstrecker 3, 147.

Ablieferung gefundener Sachen 2, 154; eines Testaments 3, 170.

Ablösung von Rentenschulden 2, 321.

Abmarkung der Grenze von Grundstücken 2, 99.

Abnahme der gekauften Sache 1, 437; des Werkes beim Werkvertrage 1, 523.

Abrechnung, Schuldversprechen rc. auf Grund einer — 1, 577.

Abschlagszahlung unterbricht die Verjährung 1, 209.

Abschrift aus dem Vereinsregister 1, 70; — eines Testaments 3, 170.

Abstammung, eheliche 2, 463—476, 3, 246 f.; uneheliche 2, 499 ff.

Abstrakte Rechtsgeschäfte 1, 122.

Abtrennungsrecht des Besitzers gegenüber dem vindizierenden Eigentümer 2, 178.

Abtretung einer Forderung 1, 385 ff.; — einer Hypothekenforderung 2, 82, 256, 270 ff. (vgl. Herausgabeanspruch).

Abwesende, Willenserklärung gegenüber — 1, 157, 165, 167; Pflegschaft über das Vermögen — 2, 560.

Abwesenheit des Mannes 2, 401 f., 442; der Frau 2, 417.

Adel, Autonomie des hohen — 1, 20.

Adelsprädikate 1, 42.

Adoption vgl. Annahme an Kindesstatt.

Änderung der Satzung eines Vereins 1, 56, 76; des Inhalts von Rechten an Grundstücken 2, 63; dsgl. des Ranges 2, 67; des gesetzl. oder eingetragenen Güterstandes 2, 407 f., 436.

Aftermiete 1, 486.

Afterpacht 1, 504.

Afterpfandrecht 2, 323.

Akzept der Offerte 1, 167 ff. Vgl. Annahme.

Aleatorischer Vertrag 1, 563 ff.

Allgemeine Gütergemeinschaft 2, 437—450.

Altenteilsvertrag vgl. Auszug.

Alter, erforderliches, für den Adoptierenden 2, 526; zur Ablehnung der Vormundschaft 2, 541.

Alternativobligation vgl. Wahlschulden.

Amortisationsgesetze 1, 48.

Amtsgericht als Vormundschaftsgericht 2, 535; Führung des Vereinsregisters 1, 70; des Güterrechtsregisters 2, 407, 461; Berufung von Mitgliederversammlungen 1, 56; Verhängung von Ordnungsstrafen 1, 78.

Amtspflicht, Haftung wegen Verletzung der — 1, 610.

Amtsrichter, Testamentserrichtung vor dem — 3, 161 ff.

Analphabeten, Testamentserrichtung 3, 163, 165.

Anatocismus 1, 244.

Aneignung herrenloser Sachen 2, 146—153; aufgegebener Grundstücke 2, 101, 146.

Anerbenrecht 1, 18; 3, 260.

Anerkennung unterbricht die Verjährung 1, 209; — eines verjährten Anspruchs 1, 204, 231; des Nichtbestehens einer Schuld 1, 384; der Ehelichkeit 2, 473; der unehelichen Vaterschaft 2, 508, 521. Vgl. Schuldanerkenntnis.

Anfangstermin bei Rechtsgeschäften 1, 176; bei Vermächtnissen 3, 126.

Anfall der Erbschaft 3, 1; der Vermächtnisse 3, 127, 186.

Anfallrecht des Vermögens eines Vereins 1, 67; einer Stiftung 1, 92.

Anfechtung der Rechtsgeschäfte 1, 127 f.; wegen Irrtums 1, 144; wegen arglistiger Täuschung 1, 149; wegen Drohung 1, 152; der Ehe 2, 374 ff.; der Ehelichkeit 2, 470 ff.; des Anerkenntnisses der Vaterschaft 2, 510; letztwilliger Verfügungen 3, 89 ff.; eines Erbvertrages 3, 186 ff.; der Annahme und Ausschlagung der Erbschaft 3, 19 ff.; der Ausschlagung durch einen Pflichtteilsberechtigten 3, 206; — wegen Erbunwürdigkeit 3, 198 f.

Anfechtungsklage der Ehe 2, 380.

Anfechtungsrecht des Hauptschuldners bei der Bürgschaft 1, 568.

Angeld vgl. Draufgabe.

Angestellte, Dienstverhältnisse der — höherer Art 1 510, 517; Haftung für — 1, 606.

Anhörung gewisser Personen durch das Vormundschaftsgericht 2, 493, 538, 554, 556.

Anlandung 1, 100.

Anlegung von Geldern der Ehefrau 2, 418; des Mündels 2, 546 f.; des Kindes 2, 487 f., 497; bei der Vorerbschaft 3, 115; — des Grundbuchs 3, 290.

Anmeldung zum Vereinsregister 1, 70 f., 75 f.; von Erbrechten 3, 22, 83; von Nachlaßforderungen 3, 60, 77.

Annahme des Vertragsantrages 1, 168 f.; einer Leistung als Erfüllung 1, 343; dsgl. an Erfüllungsstatt 1, 341, 344; einer mangelhaften gekauften Sache ohne Vorbehalt 1, 448; einer Anweisung 1, 584; der Erbschaft 3, 17 ff.; eines Vermächtnisses 3, 128; dsgl. durch die Ehefrau 2, 426, 442; des Amtes als Testamentsvollstrecker 3, 147.

Annahme an Kindesstatt 2, 525 bis 532; Wohnsitz des Angenommenen 1, 41; Erwerb des Namens durch — 2, 528; Ehehindernis durch — 2, 364, 371; Einfluß auf das gesetzl. Erbrecht 3, 5; Aussetzung der Erbteilung 3, 60; Internat. Privatrecht 3, 248.

Annahmeverzug vgl. Verzug.

Anordnungen Dritter bez. der Vermögensverwaltung des Vaters 2, 486; des Vormundes 2, 546. Vgl. Teilungsanordnung.

Anrechnung der Besitzzeit des Rechtsvorgängers bei der Verjährung 1, 209; bei der Ersitzung 2, 128; der Leistung bei mehreren Verbindlichkeiten 1, 346; — auf den Erbteil 3, 62 ff., 70; auf den Pflichtteil 3, 211 f.

Anspruch, Begriff 1, 203, 213; Verjährung 1, 210 ff.; — des täglichen

Lebens 1, 206; — aus unerlaubten Handlungen 612; aus dem Besitze 2, 29 ff.; aus dem Eigentume 2, 159—197; Gegenrechte wegen Verwendungen 2, 175 ff.

Anspruchsverjährung vgl. Verjährung.

Anstalten des öffentl. Rechts 1, 48, 59, 65; Zuweisung des Vermögens eines aufgelösten Vereins an solche 1, 67. S. a. 3, 16, 273.

Anstaltsvormund 2, 538.

Anstandsgeschenke 1, 232, 480, 596, 2, 441, 487, 546, 3, 113, 150, 225.

Anteil der Gesellschafter 1, 552 ff.; des Miteigentümers 2, 197 ff.; Nießbrauch an solchem Anteil 2, 230; dsgl. Reallast 2, 246; dsgl. Hypothek 2, 264; — der Miterben 3, 54 ff.

Antrag zum Vertragsabschluß 1, 167.

Anwachsung des Anteils ausgeschlossener Gesellschafter an die übrigen Gesellschafter 1, 557; des Anteils eines verstorbenen Beteiligten bei fortgef. Gütergemeinschaft 2, 451; der Erbteile 3, 94 ff.; des Anteils an einem Vermächtnisse 3, 125.

Anweisung 1, 578—587.

Arbeit, Pflicht der Ehefrau zu häuslicher — 2, 399; dsgl. der Hauskinder 2, 482. Vgl. Dienste.

Arbeitserwerb der Ehefrau 2, 410; des Hauskindes 2, 489.

Arbeitsgeräte der Ehefrau 2, 404; des Hauskindes 2, 489.

Arbeitsvertrag beschränkt Geschäftsfähiger 1, 120 f.; des Mündels 2, 554.

Arglistige Täuschung vgl. Täuschung.

Arglistiges Verschweigen von Mängeln beim Kaufe 1, 442, 455, 458; bei der Miete 1, 484; Werkvertrag 1, 519; Leihe 1, 506; Schenkung 1, 475; Vermächtnis 3, 138.

Arme, letztwillige Zuwendung an — 3, 87.

Arrestvollziehung, Gleichstellung von Verfügungen im Wege der — mit rechtsgeschäftlichen 1, 174, 193, 2, 75; — in den Nachlaß 3, 39; gegen den Vorerben 3, 115, 117.

Arrha vgl. Draufgabe.

Aufenthalt, Bestimmung des — des Kindes 2, 484.

Aufenthaltsort, Pflegschaft wegen unbekannten — einer Person 2, 560.

Aufforderung, öffentliche, zur Anmeldung von Erbrechten 3, 22, 83; von Nachlaßforderungen 3, 33, 60, 75 ff.

Aufgeben des Besitzes 1, 359, 2, 21; des Eigentums an einem Grundstücke 2, 61, 101, 166; an einer beweglichen Sache 2, 107, 149.

Aufgebot vor der Eheschließung 2, 367, 371; der Nachlaßgläubiger 3, 33 ff., 75, 78, 80.

Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Kraftloserklärung von Schuldverschreibungen 1, 590; der Ausschließung des Grundstückseigentümers bei Ersitzung gegen das Grundbuch 2, 101; des Hypothekengläubigers 2, 300 f.; der Kraftloserklärung des Hypothekenbriefes 2, 273; zum Zwecke der Todeserklärung 1, 45; d. Ausschließung des Gläubigers bei einer Vormerkung 2, 77; des Reallastberechtigten 2, 248; der Feststellung des Erbrechts des Fiskus 3, 23; der Kraftloserklärung eines Erbscheins 3, 83.

Aufhebung des Wohnsitzes 1, 41. einer Stiftung 1, 92; der Gemeinschaft 1, 560, 562; des Rechtes an einem Grundstück 2, 61 ff.; des Nießbrauchs 2, 229, 239; der Hypothek 2, 290; des Pfandrechts 2, 346; der ehelichen Gemeinschaft 2, 385, 394; der fortgef. Gütergemeinschaft 2, 451 f.; d. Errungenschaftsgemeinschaft 2, 457; der Kindesannahme 2, 531; des Erbverzichts 3, 196; des Testaments 3, 168 ff., 89 ff.; des Erbvertrags 3, 190 ff.

Auflage bei liberalen Rechtsgeschäften 1, 477 ff.; bei letztwilligen Verfügungen 3, 4, 138 ff.; Anordnung durch Erbvertrag 3, 183.

Auflassung erforderlich zum Eigentumserwerb an Grundstücken 2, 99 ff.; zur Entstehung von Erbbaurechten 2, 209.

Auflösende Bedingung 1, 172; bei Vermächtnissen 3, 88; bei Berechnung des Pflichtteils 3, 211.

Aufrechnung 1, 359—382; — unterbricht die Verjährung 1, 210; — zur Abwendung des Rücktritts 1, 379; im Falle der Übertragung 1, 398; der Schuldübernahme 1, 408; — des Käufers 1, 457, 462; des Mieters 1, 488, 497. — gegen eine zum Gesellschaftsvermögen gehörige Forderung 1, 553. Einrede des Bürgen wegen zulässiger — 1, 568; — zur Befriedigung des Hypothekengläubigers 3, 285; — gegen Forderungen aus dem eingebrachten Gute

2, 417; gegen Gesamtgutsforderungen 2, 439. Einfluß der beschränkten Haftung des Erben 3, 39; — gegen Miterben 3, 56. S. a. 3, 283.

Aufschiebende Bedingung 1, 172; bei letztwilligen Zuwendungen 3, 88; bei Vermächtnissen 3, 128; bei Berechnung des Pflichtteils 3, 211; bei Einsetzung eines Nacherben 3, 103.

Aufschiebende Einreden des Erben 3, 37 f.

Aufsicht des Staates über Stiftungen 1, 92. Haftung für unerlaubte Handlungen wegen versäumter — 1, 607; — kraft elterlicher Gewalt 2, 484; über den Vormund 2, 536, 555.

Aufsuchung bewegl. Sachen auf fremden Grundstücken 2, 47 ff., 183.

Auftrag 1, 533—536.

Aufwand, ehelicher 2, 412, 421, 434, 443, 455.

Aufwendungen, Zinspflicht des zum Ersatze von — Verpflichteten 1, 256. — des Mäklers 1, 529; Beauftragten 1, 534; Geschäftsführers ohne Auftrag 1, 537; Verwahrers 1, 540; Finders 2, 155; Besitzers 2, 176 ff.; Ehemannes 2, 422; der Frau bei Gütertrennung 2, 434; d. volljährigen Hauskindes 2, 482; Erbschaftsbesitzers 3, 48, 52. Vgl. Verwendungen.

Auktionator, Versteigerung durch — 1, 183, 358, 445, 2, 129.

Ausbesserungen bei der Pacht 1, 501; beim Nießbrauche 2, 224.

Ausbeute einer Sache als Frucht 1, 110.

Auseinandersetzung der Gesellschafter 1, 556 f.; mangelnde — als Ehehindernis 2, 365, 371; nach Beendigung der allgem. Gütergemeinschaft 2, 448 f.; der fortgesetzten Gütergemeinschaft 2, 452; der Errungenschaftsgemeinschaft 2, 457; unter Miterben 3, 59 ff., 148 f.

Ausgleichungspflicht zwischen Gesamtschuldnern 1, 424 f; zwischen Ehegatten 2, 430; unter Abkömmlingen als Miterben 3, 62—70, 95, 213 ff.

Auskunftspflicht über einen Vermögensinbegriff 1, 257; des Verkäufers 1, 438; Gesellschafters 1, 551; Beauftragten 1, 534; Ehemannes 2, 416; Vormundes 2, 555; des Fiskus als Erben 3, 23; Vorerben 3, 31, 116; Erbschaftsbesitzers 3, 48; Besitzers eines unrichtigen Erbscheins 3, 84; Erben 3, 28 f; desgl. gegen den Pflichtteilsberechtigten 3, 211; der Miterben gegeneinander 3, 64.

Ausländer, Erwerbsbeschränkungen 1, 39; Geschäftsfähigkeit 3, 239 f.; Eheschließung 3, 243; Eheliches Güterrecht 3, 244 f.; Beerbung 3, 249 ff.

Ausländisches Recht, Ausschließung der Anwendung 3, 260.

Ausland, Wohnsitz des Ehemanns im — 1, 41; Ausländische Vereine 1, 53, 3, 241 f.; Behandlung im — geschlossener Ehen 3, 243; Beerbung Deutscher im — 3, 248 f.; Behandlung von im — von Deutschen abgeschlossenen Rechtsgeschäften 3, 254 ff.; Frist zur Ausschlagung der Erbschaft bei Wohnsitz des Erblassers oder Erben im — 3, 18.

Auslegung des BGB. 1, 29 ff.; — von Willenserklärungen 1, 166; von Verträgen 1, 171, 236; von letztwilligen Verfügungen 3, 87, 92.

Auslobung 1, 531—533.

Ausscheiden eines Gesellschafters 1, 554 ff.

Ausschlagung der Erbschaft 3, 17 ff.; dsgl. aus gemeinschaftl. Testament 3, 180; dsgl. durch die Ehefrau 2, 426, 442; — der Nacherbschaft 3, 118; des Vermächtnisses 3, 128; dsgl. durch einen Pflichtteilsberechtigten 3, 205 f; — einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses nicht Schenkung 1, 469.

Ausschlagungsfrist bei der Erbschaft 3, 19.

Ausschließung der Anwendung ausländischer Gesetze 3, 260; der Verjährung 1, 211, 213 ff.; der Übertragung einer Forderung 1, 387 f.; eines Gesellschafters aus der Gesellschaft 1, 557; des Hypothekengläubigers 2, 300 f.; der fortgesetzten Gütergemeinschaft 2, 452; des Vormundes 2, 541; der gesetzl Erben 3, 204; der Erbauseinandersetzung 3, 60.

Ausschlußfristen 1, 213 ff.

Ausschlußurteil vgl. Aufgebot, Aufgebotsverfahren.

Aussonderungsrecht eines Nachlaßgläubigers 3, 33, 36, 76.

Ausspielvertrag 1, 563.

Ausstattung des Kindes 2, 446, 482; Erwerb als — bei Gütergemeinschaft 2, 446; bei Errungenschaftsgemeinschaft 2, 456; Ausgleichungspflicht 3, 63; Rückforderung durch den Pflichtteilsberechtigten 3, 213 ff.

Aussteuer der Tochter 2, 481.

Ausübung der Mitgliedsschaftsrechte 1, 56, 61 ff.; Chikanöse — der Rechte 1, 216 f.; — der Grunddienstbarkeiten 2, 216, 220; der beschränkten persönl. Dienstbarkeiten 2, 240.

Auszug 1, 322, 562; Nießbrauch an einem — 2, 232.

Autonomie als Rechtsquelle 1, 20.

B.

Bank, Zinseszinsen 1, 244; Anlegung von Mündelgeldern 2, 550.

Bauhandwerker, Anspruch auf Sicherungshypothek 1, 527.

Bauwerk, Verjährung der Mängelansprüche 1, 522; Sicherung des Unternehmers 1, 527; — als Gegenstand des Erbbaurechts 2, 208.

Beamte, Kündigungsrecht wegen Versetzung 1, 492, 504; Haftung für Verletzung der Amtspflicht 1, 610; Heiratserlaubnis 2, 365, 371.

Bedingte Forderung, Sicherung durch Hypothek 2, 265; durch Pfandrecht 2, 332; Berücksichtigung bei Berechnung des Pflichtteils 3, 211.

Bedingung 1, 171—177; — unzulässig bei Aufrechnung 1, 370; Auflassung 2, 100; Eheschließung 2, 366; Annahme und Ausschlagung der Erbschaft 3, 18; — bei letztwilligen Verfügungen 3, 88, 100, 106, 126. Vgl. auflösende, aufschiebende Bedingung.

Beeinträchtigung des Eigentums 2, 180 ff.

Beendigung der Vereine 1, 64 ff.; der Stiftungen 1, 92; der Verwaltung und Nutznießung des Ehemanns 2, 431 ff.; der allgem. Gütergemeinschaft 2, 447 ff.; der Errungenschaftsgemeinschaft 2, 457; der elterl. Gewalt 2, 493 f., 498; der elterl. Nutznießung 2, 491; der Vormundschaft 2, 558; der Pflegschaft 2, 561; des Nachlaßkonkurses 3, 43; der Nachlaßverwaltung 3, 42; des Amtes als Testamentsvollstrecker 3, 160.

Beerbung Deutscher im Auslande 3, 248 f.; von Ausländern 3, 249 ff.

Beerdigungskosten, Tragung durch Unterhaltspflichtige 2, 480; durch den Erben 3, 24.

Befreite Vormundschaft 2, 556 f.

Befreiung in bezug auf Ehemündigkeit 2, 361; Ehebruch 2, 364; Wartezeit 2, 365; — von Erfordernissen der Annahme an Kindesstatt 2, 526; der Stellung des Vorerben 3, 117; des Testamentsvollstreckers 3, 151.

Befreiungsvermächtnis 3, 137

Befristung 1, 176. Vgl. Zeitbestimmung, Bedingung.

Beginn der Gesetzeskraft des BGB. 1, 24; der Rechtsfähigkeit des Menschen 1, 37; der Fristen 1, 201 f.; der Verjährung 1, 205.

Beglaubigung, öffentliche 1, 162.

Begräbnisstätten 1, 17.

Behörde, öffentliche, Auflösung eingetragener Vereine durch — 1, 65; — als Vorstand einer Stiftung 1, 91.

Beischlaf vgl. Beiwohnung.

Beistand der Mutter 2, 496.

Beitrag der Vereinsmitglieder 1, 71; der Gesellschafter 1, 549; der Frau zum ehelichen Aufwande 2, 412, 434; der geschiedenen Frau zum Unterhalt der Kinder 2, 396.

Beiwohnung, Ersatzpflicht wegen außerehelicher — 1, 604; — unter Verlobten 2, 359; Vermutung für die — des Ehemannes 2, 466.

Bekanntmachung, öffentliche, der Eintragungen in das Vereinsregister 1, 75, 77 f.; des Pfandverkaufs 2, 342; der Eintragungen in das Güterrechtsregister 2, 408, 462; der Nachlaßverwaltung 3, 41; der Meldungsaufforderung an die Nachlaßgläubiger 3, 77.

Bekenntnis, religiöses, des Vormundes 2, 546.

Belohnung, öffentl. Aussetzung einer — 1, 531 ff.

Beneficium competentiae 1, 474, 568.

Berechnung des Pflichtteils 3, 210.

Bereicherung, ungerechtfertigte 1, 594—598; — als Erfordernis der Schenkung 1, 469 f; Anwendung der Vorschriften über — bei gegenseitigen Verträgen 1, 312; Geschäftsführung ohne Auftrag 1, 537, 539; unerlaubten Handlungen 1, 612; Verbindung, Vermischung und Verarbeitung 2, 134; Herausgabe von Früchten 2, 171; — des eingebrachten Gutes 2, 424; des Gesamtgutes 2, 442; des Erbschaftsbesitzers 3, 48, 51; Schenkung zum Nachteile des Vertragserben 3, 188; des Pflichtteilsberechtigten 3, 228.

Bergrecht 2, 204.

Berichtigung von Eintragungen im Grundbuche 2, 81.

Beruf, Kosten der Vorbildung 2, 484, 504, 3, 63, 219.

Berufung der Mitgliederversammlung des Vereins 1, 56, 71; des Beistands der Mutter 2, 497; zum Vormund 2, 540; zur Erbschaft 3, 17 ff., 93.

Beschlagnahme zum Zwecke der Befriedigung des Hypothekengläubigers 2, 279; Aufrechnung nach der — 1, 382.

Beschränkte Geschäftsfähigkeit vgl. Geschäftsfähigkeit.

Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten 2, 239 ff.; Vorbehalt für die Landesgesetze 2, 243 f.; Besitzschutz 2, 49, 3, 290.

Besicht, Kauf auf — 1, 463.

Besitz, Begriff 2, 2; Arten 2, 6 ff.; Erwerb 2, 17—20; Verlust 2, 21 ff.; Rechtsnachfolge in den — 1, 24 ff.; Fehlerhafter — 2, 25; Besitzschutz 2, 25 ff.; Notwehr und Selbsthilfe gegen Verletzung des — 2, 29 ff.; Ansprüche aus dem — 2, 38 ff.; Mittelbarer — 2, 12 ff.; Teilbesitz 2, 334; Mitbesitz 2, 16; Eigenbesitz 2, 6; Rechtsbesitz 2, 49; Vererblichkeit 2, 22, 24; Ansprüche aus früherem — 2, 188 ff.; — des eingebrachten Gutes 2, 416.

Besitzdiener 2, 8 ff.; Besitzschutz 2, 33.

Besitzer, Eigentumsvermutung zu gunsten des — einer bewegl. Sache 2, 183 ff.; Haftung wegen Einsturzes eines Grundstücks 1, 609.

Besitzschutz für Dienstbarkeiten 2, 11, 49, 220.

Besserungsanstalt vgl. Erziehungsanstalt.

Bestärkungsmittel der Verträge 1, 322 ff.

Bestätigung nichtiger Rechtsgeschäfte 1, 125; anfechtbarer Rechtsgeschäfte 1, 127; nichtiger Ehen 2, 372; anfechtbarer Ehen 2, 380; eines anfechtbaren Erbvertrags 3, 188. Gerichtliche — der Adoption 2, 527.

Bestallung des Vormundes 2, 542.

Bestandsverzeichnis vgl. Inventar.

Bestandteile, wesentliche und unwesentliche 1, 99 ff. — Eigentumserwerb an — 2, 135—146.

Bestellung des Vorstandes eines Vereins 1, 57; des Vormundes 2, 542, 559; Verpflichtung des Pächters eines landwirtschaftl. Grundstücks zur — 1, 503.

Bestimmung der Vertragsleistung durch eine der Parteien oder durch Dritte 1, 297; des Inhalts letztwilliger Verfügungen durch Dritte 3, 87, 124, 139.

Bestimmungsvermächtnis 3, 124 f.

Betagte Verbindlichkeiten, vorzeitige Erfüllung 1, 176, 596.

Beteiligte, Pflegschaft für unbekannte oder ungewisse — 2, 560.

Betrug vgl. Täuschung.

Beurkundung v. Willenserklärungen 1 158 f. Gerichtliche oder notarielle — 1, 159. Vgl. gerichtliche und notarielle Beurkundung.

Bewegliche Sachen, Begriff 1, 95. Vgl. Fahrnis.

Beweislast, Vorschriften im BGB. über die — 1, 33 ff.; bei Erfüllung von Schuldverhältnissen 1, 278.

Beweisurkunde, Herausgabepflicht bei Zession 1, 393; beim Kaufe 1, 438, 494.

Bewußtlosigkeit, Nichtigkeit einer in der — abgegebenen Willenserklärung 1, 117; desgl. der Eheschließung 2, 372; Haftung für in der — begangene unerlaubte Handlungen 1, 276, 605.

Bienen 2, 151 f.

Bigamie vgl. Doppelehe.

Blinde, Pflegschaft für — 2, 559.

Blutsverwandtschaft als Ehehindernis 2, 363, 371.

Bodenbestandteile als Früchte eines Rechtes 1, 111. Recht des Nießbrauchers an — 2, 222.

Börsenpreis vgl. Marktpreis.

Böswillige Verlassung als Scheidungsgrund 2, 387.

Brautgeschenke, Rückgabe beim Rücktritt vom Verlöbnis 2, 360.

Brautkinder 3, 294.

Brevi manu traditio als Mittel des Besitzerwerbs 2, 17; des Eigentumserwerbs an Fahrnis 2, 112, 121 ff.; der Übertragung des Hypothekenbriefes 2, 268, 271.

Briefhypothek 2, 259. Vgl. Hypothek.

Briefwechsel, Vertragschließung durch — 1, 158.

Bringschulden 1, 262.

Bruchteile, Gemeinschaft nach — 1, 557 ff.; Miteigentum nach 2, 197 ff.; — als Gegenstand der Reallast 2, 246; der Hypothek 2, 264; Erbeinsetzung auf — 3, 3 f., 93; dsgl. Vermächtnis 3, 125.

Buchhypothek, Begriff 2, 259.

Bürgerliche Ehrenrechte vgl. Ehrenrechte.

Bürgerliches Gesetzbuch, Entstehung 1, 5—12; Beginn der Gesetzeskraft 1, 24 ff.; Materialien 1, 29; Verhältnis zum Reichsrecht 1, 14 ff.; zum Landesrecht 1, 16 ff.; zum Gewohnheitsrecht 1, 21 ff.; zum ausländischen Recht 3, 233 ff.

Bürgschaft 1, 566—574; Übergang des Rechtes aus der — mit der Forderung 1, 393; Erlöschen durch Schuldübernahme 1, 405.

Bundesrat, Mitwirkung bei der Entstehung des BGB. 1, 9 ff.; Vergeltungsrecht 1, 39, 3, 261; Verleihung der Rechtsfähigkeit an Vereine 1, 53, 3, 242.

Bundesstaat, Verleihung der Rechtsfähigkeit an Vereine 1, 51; Genehmigung von Stiftungen 1, 90; Aufrechnung gegen Forderungen eines — 1, 381; Genehmigung zur Ausstellung von Schuldverschreibungen 1, 587; Befreiung von Ehehindernissen 2, 361; von Erfordernissen der Adoption 2, 526; Ehelichkeitserklärung 2, 522. Vgl. Fiskus.

C.

Chef 1, 580.

Chikaneverbot 1, 216 f., 605.

Civilkomputation 1, 201.

Compensatio lucri cum damno 1, 256.

Concursus duarum lucrativarum causarum 1, 384.

Constitutum possessorium 2, 17 f., 113 ff., 122, 268, 271.

D.

Darlehn 1, 506—508; Anwendung bei uneigentlichem Verwahrungsvertrage 1, 540 ff.; Hypothek für — 2, 288.

Datum des Testaments 3, 162.

Defloration sanspruch 2, 359.

Delikte vgl. Unerlaubte Handlungen.

Depositum irregulare 1, 540.

Dereliktion des Eigentums 2, 107, 149.

Deutsche Sprache, Testament eines der — nicht Mächtigen 3, 165 f., 185.

Devastationsklage 2, 282.

Dies interpellat pro homine 1, 280.

Dienstbarkeiten, beschränkte persönliche 2, 239 ff.; Vorbehalte für die Landesgesetze 2, 243 f.

Dienste, Vergütung für — beim Rücktritt vom Vertrage 1, 312; — höherer Art 1, 508, 510, 517; — als Beitrag eines Gesellschafters 1, 549; Ersatz für entgangene — des Verletzten 1, 612; Verpflichtung des Hauskindes zur Leistung von — 2, 482.

Dienstverhältnis, letztwillige Zuwendung an eine zum Erblasser in einem — stehende Person 3, 87; Übergangsvorschrift f. bestehende — 3, 267, 286.

Dienstvertrag 1, 508—517; — beschränkt Geschäftsfähiger 1, 120; Mäklervertrag über Vermittelung eines — 1, 530; — betr. eine Geschäftsbesorgung 1, 512 f., 518; Eingehung eines — durch den Vormund 2, 554.

Differenzgeschäft 1, 566.

Diligentia boni patris familias 1, 194.

Diskont vgl. Zwischenzinsen.

Dispens vgl. Befreiung.

Dispositionsnießbrauch 2, 225.

Dissens beim Abschlusse von Verträgen 1, 163, 170.

Dolmetscher, Zuziehung zur Testamentserrichtung 3, 165.

Doppelehe als Ehehindernis 2, 363; Ehenichtigkeitsgrund 2, 372 f.; Scheidungsgrund 2, 386.

Dorftestament 3, 167, 172.

Draufgabe 1, 322 ff.

Dreißigste, Recht des — 3, 4.

Dritte Personen, Leistung durch — 1, 261, 343; Bestimmung des Gegenstands oder Inhalts der Schuldverhältnisse durch — 1, 297; Versprechen der Leistung an — 1, 313 ff.; Kündigung der Gesellschaft durch — 1, 556; Haftung für — aus unerlaubten Handlungen 1, 606 f.; Erbvertrag zu gunsten eines — 3, 184; Bestimmung des Inhalts letztwilliger Verfügungen 3, 87, 124, 139

Drohung, Anfechtung von Rechtsgeschäften wegen — 1, 152 ff.; dsgl. der Eheschließung 2, 379, 383; letztwilliger Verfügungen 3, 90; der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft 3, 19; Erbunwürdigkeit wegen — 3, 200.

Dünger als Zubehör eines Landgutes 1, 108.

E.

Ehe, Eingehung 2, 365—369; Anfechtbarkeit 2, 374 ff.; Nichtigkeit 2, 370 ff.; Auflösung infolge Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft 2, 394; infolge Ehescheidung 2, 385 ff.; Kirchliche Verpflichtungen 2, 357; Rechtsverhältnisse in stehender Ehe 2, 396 ff.; Legitimation unehelicher Kinder durch nachfolgende — 2, 521 f.; Eingehung zwischen den durch Adoption Verbundenen 2, 532; Fortdauer der Schwägerschaft nach Auflösung der — 2, 462; Internationales Privatrecht 3, 243, 256; Übergangsvorschrift für bestehende — 3, 291 f.; — macht mündig 1, 40.

Ehebruch als Grund der Ehenichtigkeit 2, 373; der Scheidung 2, 386; der Entziehung des Pflichtteils 3, 223.

Ehefrau, Wohnsitz 1, 41, 2, 396; Namen 2, 396; Schlüsselgewalt 2, 400; Bestellung zum Vormund 2, 541; Annahme und Ausschlagung von Erbschaften 2c. 2, 426, 442.

Ehegatten, Persönliche Rechtsbeziehungen 2, 396 f.; vermögensrechtliche Beziehungen 2, 400 ff.; Unterhaltspflicht 2, 398 f., 476; Verjährung ihrer gegenseitigen Ansprüche 1, 208; Verhältnis ihrer Unterhaltspflicht zu der der Verwandten 2, 478 f.; Gemeinschaftl. Adoption 2, 526; Einwilligung zur Adoption eines — 2, 526 f.; Gesetzl. Erbrecht 3, 5, 14 f.; Erbverzicht 3, 195; Unfähigkeit zur Mitwirkung bei der Testamentserrichtung 3, 163; Gemeinschaftliches Testament 3, 171; Erbvertrag 3, 183 ff., 192; Anspruch auf den Voraus 3, 4, 15, 211; Pflichtteilsrecht 3, 204; Entziehung des Pflichtteils 3, 222.

Ehehindernisse 2, 359 ff., 370 ff.

Eheliche Abstammung 2, 463 bis 476.

Eheliche Gemeinschaft, Aufhebung derselben 2, 385, 394, 3, 292.

Eheliche Kinder, Namen 2, 481; Wohnsitz 1, 41; Rechtsverhältnisse zu den Eltern 2, 481—499, 3, 293; Erfordernis der Einwilligung zur Eheschließung 2, 362, 371; Internat. Privatrecht 3, 246.

Eheliches Güterrecht 2, 405 ff.; Internat. Privatrecht 3, 244; Übergangsvorschrift 2, 436, 3, 292. Vgl. Güterrecht.

Ehelichkeitserklärung unehelicher Kinder 2, 522 ff.; Aufschub der Erbteilung bis zur Entscheidung über die — 3, 60.

Ehemäklervertrag 1, 232, 530.

Ehemann, Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des — 2, 409 ff.; Anfechtung der Ehelichkeit 2, 470. Vgl. Ehegatten.

Ehemündigkeit 2, 361, 371.

Ehescheidung 2, 385—396; Wirkungen auf die elterl. Gewalt 2, 485; bez. des Erbrechts der Ehegatten 3, 15; bez. eines gemeinschaftl. Testaments 3, 171 f.; bez. der Entziehung des Pflichtteils 3, 223; Recht auf — berechtigt zur Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft 2, 397; Einfluß bei der Gütergemeinschaft 2, 448 f.; Internat. Privatrecht 3, 245; Übergangsvorschrift 3, 292 f.

Eheschließung vgl. Ehe.

Ehevermittlungsvertrag 1, 232, 530.

Ehevertrag 2, 407, 435 f. Besondere Anwendungen 2, 411, 452, 454 f., 459 f. Eingehung durch einen Ausländer 3, 245; Übergangsvorschriften für bestehende — 2, 436.

Ehrenrechte vgl. Aberkennung.

Ehrloses Verhalten als Grund der Ehescheidung 2, 386, 389 f.; des Einschreitens gegen den Vater 2, 492; der Entziehung des Pflichtteils 3, 222.

Eigenbesitz 2, 6; Haftung des Eigenbesitzers für Einsturz eines Gebäudes 1, 609; Ersitzung auf Grund von — bei Grundstücken 2, 92; bei bewegl. Sachen 2, 104, 128; Fruchterwerb auf Grund von — 2, 138.

Eigenmacht, verbotene, Erwerb des Besitzes durch — 2, 25. Haftung des Besitzers gegenüber dem Eigentümer 2, 173; dsgl. des Erbschaftsbesitzers 3, 53.

Eigenschaften, Irrtum über — der Person oder Sache bei Willenserklärungen 1, 138; dsgl. über — des Ehegatten bei der Eheschließung 2, 375.

Eigentümer des Gesellschaftsver-

mögens 1, 552; Verzicht des — eines Grundstücks auf das Eigentum 2, 61, 101; Ansprüche aus dem Eigentum 2, 159—197.

Eigentümergrundschuld 2, 319.

Eigentümerhypothek 2, 291—311. S. a. 1, 405.

Eigentum, Begriff 2, 94; Umfang 2, 94 ff; Beschränkungen 2, 96 ff.; Vertrag betr. die Verpflichtung zur Übertragung des — an einem Grundstücke 1, 295; Verletzung des — durch unerlaubte Handlung 1, 600; Übertragung des — an einem Grundstück 1, 58 f.; Erwerb und Verlust des — an Grundstücken 2, 99 ff.; an Fahrnis 2, 102 ff.; insbes. durch rechtsgeschäftliche Übertragung vom bisherigen Eigentümer 2, 107—118; vom Nichteigentümer 2, 118—127; an Zubehör von Grundstücken 2, 100; an Erzeugnissen und Bestandteilen 2, 135—146. Erwerb des — an Fahrnis ohne Übertragung 2, 127—159; durch Verbindung, Vermischung und Verarbeitung 2, 130 ff.; Aneignung 2, 146—153; Schatzfund 2, 158; Fund 2, 153—158; an Bienenschwärmen 2, 152; Dereliktion des — 2, 107, 149; Ansprüche aus dem — 2, 159—197.

Eigentumsbeschränkungen 2, 95 ff.

Eigentumsersitzung vgl. Ersitzung.

Einbringung von Sachen bei Gastwirten 1, 545.

Einführungsgesetz zum BGB. 1, 13 ff., 24 ff.

Eingebrachte Sachen, Pfandrecht an den — des Mieters 1, 489; des Pächters 1, 501; des Gastes 1, 546.

Eingebrachtes Gut bei gesetzl. Güterrecht 2, 415 ff.; bei Errungenschaftsgemeinschaft 2, 454; bei Fahrnisgemeinschaft 2, 459.

Eingehung, Klage auf — der Ehe 2, 358. Vgl. Ehe.

Eingetragene Vereine vgl. Verein.

Einigung, mangelnde, beim Vertragsabschluß 1, 163 f., 170; als dinglicher Vertrag 2, 108; als Voraussetzung des Eigentumserwerbs an Grundstücken 1, 58 f.; an Fahrnis 2, 108; dsgl. des Besitzerwerbs 2, 17.

Einkindschaft 2, 532, 3, 184.

Einlösungsrecht gegenüber e. die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubiger 1, 261; gegenüber dem Pfandgläubiger 2, 346.

Einrede, Einfluß auf die Verjährung 1, 204, 207; Geltendmachung im Prozesse 1, 226 f.; Einfluß auf die Aufrechnung 1, 367; — bei der Zession 1, 395; der Schuldübernahme 1, 407 ff.; — des Bürgen 1, 568; der ungerechtfertigten Bereicherung 1, 598; des Angewiesenen 1, 585; des Eigentümers gegen die Hypothek 2, 287 f.; des Erben 3, 21, 37 f.

Einseitige Rechtsgeschäfte eines beschränkt Geschäftsfähigen 1, 120; eines Bevollmächtigten 1, 186; eines Vertreters ohne Vertretungsvollmacht 1, 191; der Frau über eingebrachtes Gut 2, 423; Anfechtung — 1, 128.

Einsicht bei Minderjährigen und Taubstummen erforderlich zur Zurechnungsfähigkeit 1, 606; — in das Vereinsregister 1, 70; in das Güterrechtsregister 2, 408, 462; von Erklärungen usw. beim Nachlaßgericht 3, 28, 91, 121, 170, 232

Einspruch der Verwaltungsbehörde gegen Eintragung eines Vereins 1, 72 ff.; des Mannes gegen Geschäftsbetrieb der Frau 2, 426, 442.

Einsturz, Haftung für — eines Gebäudes 1, 609.

Einstweilige Verfügung betr. Eintragung von Vormerkung oder Widerspruch 2, 74 f.; zu gunsten eines unehelichen Kindes 2, 518.

Eintragung von Rechtsveränderungen in Bezug auf Grundstücke im Grundbuche 2, 55 ff.; — von Erbbaurechten 2, 209; von Grunddienstbarkeiten, 2, 217; des Nießbrauchs 2, 222, 232; dinglicher Schuldverhältnisse 2, 242, 247; einer Hypothek 2, 264; — in das Vereinsregister 1, 50, 52, 54, 69 f.; Güterrechtsregister 2, 407, 461; in das Schiffsregister 2, 348.

Einwilligung, Begriff 1, 192; — des gesetzlichen Vertreters zu Willenserklärungen beschränkt Geschäftsfähiger 1, 118 ff.; — zu Verfügungen eines Nichtberechtigten 1, 193, 342; — zur Eheschließung 2, 362, 371; Anfechtung der Ehe wegen mangelnder — 2, 374; — des Mannes zu Verfügungen der Frau 2, 423; der Frau zu Verfügungen über das Gesamtgut 2, 440; des Kindes und der Mutter zur Ehelichkeitserklärung 2, 523; eines Ehegatten zur Adoption des andern 2, 526; der Eltern zur Adoption des Kindes 2, 528; des Ehebrechlichen zur Pflegschaft 2, 559; des Nacherben zu Verfügungen des Vorerben 3, 115.

Einwirkungen auf ein fremdes Grundstück 2, 96 f.

Einziehung eines Erbscheins 3, 83.

Elterliche Gewalt des Vaters 2, 483 ff.; der Mutter 2, 484, 492, 494 f. — über Kinder aus nichtigen Ehen 2, 500; über adoptierte Kinder 2, 530; Volljährigkeitserklärung eines Kindes unter — 1, 39; Verwirkung der — 2, 493; — als Voraussetzung der Benennung eines Vormundes 2, 540.

Elterliche Nutznießung 2, 483 ff.; Nichtberücksichtigung bez. der Unterhaltspflicht des Kindes 2, 477; Ausschließung bei der Adoption 2, 530.

Elterliche Vermögensverwaltung 2, 486 ff.

Eltern. Verjährung der Ansprüche zwischen — und Kindern 1, 208; Ersatz des zwischen — und Kindern gewährten Unterhalts 1, 537; Einwilligung zur Eheschließung minderjähriger Kinder 2, 362, 371; Rechtsverhältnisse zu ehelichen Kindern 2, 481 ff.; Einwilligung zur Adoption von Kindern 2, 528; Gesetzliches Erbrecht 3, 5 f., 10; Pflichtteilsrecht 3, 204, 207 ff., 211, 223; Übergangsvorschriften 3, 293 f.; vgl. Eheliche Kinder.

Empfängniszeit ehelicher Kinder 2, 468 f.; unehelicher Kinder 2, 507 f.

Empfang der Willenserklärungen 1, 166.

Empfangene, noch nicht geborene Person, Ersatzanspruch bei Tötung des Unterhaltspflichtigen 1, 611 f.; Pflegschaft 2, 560; — als Erbe 3, 3, 22, 60; als Nacherbe 3, 98, 100; als Vermächtnisnehmer 3, 123; als Miterbe 3, 60.

Empfangsbedürftige Willenserklärungen 1, 123.

Empfehlung, Haftung aus einer — 1, 533.

Endtermin bei Rechtsgeschäften 1, 176; bei Erbeinsetzung 3, 99 ff.

Entbindungskosten, Ersatzansprüche der unehelichen Mutter 2, 517.

Enteignung von Grundstücken 2, 102.

Enterbung 3, 222 ff.

Entlassung des Vormundes 2, 558; des Testamentsvollstreckers 3, 160.

Entmündigung 1, 40; Einfluß auf die Geschäftsfähigkeit — 1, 118 ff., 3, 240; des Mannes bei gesetzlichem Güterstand 2, 431; bei Gütertrennung 2, 434; Unfähigkeit zur Führung der Vormundschaft 2, 540; — des Vaters 2, 493; — des Vormunds 2, 558; als Grund der Bevormundung 2, 558; Unfähigkeit zur Testamentserrichtung 3, 161; Widerruf des Testaments nach — 3, 168; Übergangsvorschrift 3, 271.

Entziehung der Rechtsfähigkeit eines Vereins 1, 65; des Besitzes 2, 29 ff.; der Elterlichen Gewalt 2, 493; der Vermögensverwaltung 2, 492, 495; der Sorge für die Person des Kindes 2, 485; der Vertretungsmacht des Vormunds 2, 544; des Pflichtteils 3, 221 ff.

Erbbaurecht 2, 208—211; Belastung mit einer Hypothek 2, 264; Übergangs-Vorschrift 3, 289.

Erbeinsetzung 3, 92—97; durch Erbvertrag 3, 183 f.; Zuwendung des Pflichtteils ist nicht — 3, 204.

Erben, Stellung 3, 17 ff.; Erbschaftsanspruch 3, 46 ff.; Aufschiebende Einreden 3, 37 f.; Gesetzliche — 3, 5 ff.; Widerruf einer Stiftung durch — des Stifters 1, 91; Anspruchsverjährung gegenüber dem — 1, 208; Kündigungsrecht des — des Mieters 1, 491; des — des Pächters 1, 505; des — des Beauftragten 1, 535; Besitzerwerb 1, 24; Unterhaltspflicht des — des geschiedenen Ehegatten 2, 396; des — des unehelichen Vaters 2, 506 f.

Erbfähigkeit 3, 3, 102.

Erbfall 3, 1.

Erbfolge im allgemeinen 3, 1 ff.; gesetzliche — 3, 5—16; Eintritt neben testamentarischer — 3, 93, 95.

Erbgang, Erwerb des Besitzes durch — 1, 24.

Erbmiete 1, 492.

Erbpachtrecht 2, 205, 242.

Erbrecht zwischen Adoptierendem und Adoptiertem 2, 530; des Fiskus 3, 2, 15 f., 22 f.; Internat. Privatrecht 3, 248 ff.; Übergangsvorschriften 3, 295 f. Vgl. Beerbung.

Erbschaft, Annahme und Ausschlagung 3, 17 ff.; insbes. durch die Ehefrau 2, 426, 442; Erwerb durch die Frau als Vorbehaltsgut 2, 411, 445; Erwerb der — vom Erbschaftsbesitzer 3, 48; Veräußerung einer — 3, 229, 232.

Erbschaftsanspruch 3, 46—54.

Erbschaftsbesitzer 3, 48 ff.

Erbschaftskauf 3, 48, 229 ff.

Erbschaftsvertrag 1, 294.

Erbschein 3, 82—86.

Erbteil, Berufung zu mehreren — 3, 19; Besonderer — 3, 9, 15, 70, 95; Gemeinschaftlicher — 3, 94 f.; Verhältnis zum Pflichtteil 3, 204 ff., 210, 213 ff.; Erbschein über einen — 3, 82.

Erbteilungsvertrag 3, 60.

Erbunwürdigkeit 3, 197—203.

Erbvertrag 3, 183—194; Berufung zur Erbschaft durch — 3, 3, 183 f.; Rücktritt vom — 3, 192 f.; Übergangsvorschriften 3, 296.

Erbverzicht 3, 195 ff., 296.

Erdkörper, Erstreckung des Grundeigentums auf den — 2, 94.

Erfüllung 1, 341 ff.; — mit Vorbehalt 1, 350 f.; bei Gesamtschuldverhältnissen 1, 420; Anrechnung einer Leistung bei mehreren Schuldverhältnissen 1, 347; — Zug um Zug bei Einrede des Zurückbehaltungsrechts 1, 266; bei gegenseitigen Verträgen 1, 298 ff. Vgl. Leistung.

Erfüllungsort vgl. Leistungsort.

Erfüllungsstatt, Leistung an — 1, 341 ff.; bei Gesamtschuldverhältnissen 1, 420.

Erfüllungsübernahme 1, 400.

Ergänzung einer letztwilligen Verfügung 3, 92; des Pflichtteils 3, 225—229.

Erhaltungskosten bei der Miete 1, 482; Leihe 1, 506; Gemeinschaft 1, 559 f.; Nießbrauch 2, 224.

Erklärung, Irrtum in der — 1, 137 f. Vgl. Willenserklärung.

Erkrankung des Dienstverpflichteten 1, 515.

Erlaß 1, 383; Wirkung bei Gesamtschuldverhältnissen 1, 420.

Erlöschen der Vollmacht 1, 187; der Schuldverhältnisse 1, 341 ff.

Ermäßigung der Vertragsstrafe durch richterliches Urteil 1, 336; dsgl. des Mäklerlohnes 1, 530.

Ernennung d. Testamentsvollstreckers 3, 145.

Erneuerung nicht mehr umlaufsfähiger Schuldverschreibungen 1, 590.

Erneuerungsschein für qualifizierte Legitimationspapiere 1, 592; beim Nießbrauch an Schuldverschreibungen 2, 235.

Eröffnung eines Testaments 3, 170 f.; eines gemeinschaftlichen Testaments 3, 181; eines Erbvertrages 3, 194.

Errichtung des Testaments 3, 161 bis 168; eines Erbvertrags 3, 184 f.

Errungenschaftsgemeinschaft 2, 453—458.

Ersatzerbe 3, 96 f.; Nacherbe als — 3, 100.

Ersatzvermächtnis 3, 124.

Erschütterungen des Nachbargrundstückes 2, 96.

Ersitzung zugunsten des Grundbuchs 2, 92, gegen das Grundbuch 2, 218; — des Eigentums an Grundstücken 2, 100; an Fahrnis 2, 127 ff.; der Freiheit des Eigentums von dinglichen Lasten 2, 129; des Nießbrauchs 2, 222; — des Erbschaftsbesitzers gegenüber den Erben 3, 53; Übergangsvorschriften 3, 281.

Ertragswert, Ansetzung eines Landgutes zum — 3, 61, 211.

Erwerb des Besitzes 2, 17 ff.; der Erbschaft 3, 1 ff.; des Vermächtnisses 3, 127.

Erwerbsbeschränkungen für juristische Personen und Religiose 1, 39, 48.

Erwerbsgeschäft eines beschränkt Geschäftsfähigen 1, 120; der Ehefrau bei gesetzlichem Güterrecht 2, 410, 426, bei Errungenschaftsgemeinschaft 2, 454; des Mündels 2, 553.

Erzeugnisse als Früchte 1, 110; Landwirtschaftliche — als Zubehör 1, 106; Erwerb des Eigentums an — 2, 135 bis 146; Erstreckung der Hypothek auf — 2, 279; dsgl. des Pfandrechts 2, 335.

Erziehung, Kosten der — unehelicher Kinder 2, 504; religiöse — der Kinder 2, 485; des Mündels 2, 546.

Erziehungsanstalt, Unterbringung von Kindern in einer — 2, 545, 555; Vorstand einer — als Vormund 2, 538.

Eviktion beim Kaufe 1, 438 ff.

Exceptio non adimpleti contractus 1, 440; plurium concumbentium 2, 508.

F.

Fälligkeit, Zwischenzinsen bei Zahlung vor — 1, 264; — des Darlehens 1, 508; der Hypothek 2, 285; der Grundschuld 2, 319; des Pfandes 2, 352; des Vermächtnisses 3, 128.

Fahrlässigkeit, Begriff und Arten 1, 194 f.; Haftung für — bei Erfüllung 1, 271; bei Verzug des Schuldners 1.

282; dsgl. des Gläubigers 1, 288; der Beamten bei fahrlässiger Verletzung der Amtspflicht 1, 610.

Fahrnis, Eigentumserwerb an — 2, 102 ff.; insbes. durch rechtsgeschäftliche Übertragung vom bisherigen Eigentümer 2, 107—118; vom Nichteigentümer 2, 118—127; ohne Übertragung 2, 127—159; Pfandrecht an — 2, 321 ff.

Fahrnisgemeinschaft 2, 458—461.

Familienangehörige des Erblassers, Anspruch auf den Dreißigsten 3, 4.

Familienbilder 3, 230.

Familienfideikommisse 1, 18, 2, 204, 471.

Familiennamen vgl. Namen.

Familienpapiere 3, 230.

Familienrat 2, 537, 557, 3, 294.

Familienrecht, Übergangsvorschriften 3, 291 ff.

Faustpfand 2, 347 f.

Fehlerhafter Besitz 2, 25.

Feiertag vgl. Sonntag.

Festnahme zum Zwecke der Selbsthilfe 1, 223.

Feststellung des Zustandes von Sachen durch Sachverständige beim eingebrachten Gute 2, 415, 455; — des Erbrechts des Fiskus 3, 22 f.

Fiduziarische Rechtsgeschäfte 1, 136.

Finder, Eigentumserwerb an gefundenen Sachen 2, 156.

Finderlohn 2, 155.

Fiskus als juristische Person 1, 48; Anfall des Vermögens eines Vereins 1, 67; einer Stiftung 1, 92; Haftung für unerlaubte Handlungen der Beamten 1, 610; Aufrechnung gegen Forderungen des — 1, 381; Verzicht auf Grundstückseigentum zugunsten des — 2, 101, 146; Recht auf den Erlös gewisser Fundsachen 2, 157 f.; Erbrecht 3, 2, 15 f., 22 f.

Fixgeschäft 1, 263, 338.

Folgepflicht der Ehegatten 2, 396.

Forderung, Verkauf einer — 1, 439; Nießbrauch an einer — 2, 232 ff.; dsgl. Pfandrecht 2, 350 ff.; Vermächtnis einer — 3, 136.

Form der Rechtsgeschäfte 1, 155—164; der Bestätigung anfechtbarer Rechtsgeschäfte 1, 127; der Vollmachtserteilung 1, 185; der Zustimmung eines Dritten zu einem Rechtsgeschäft 1, 192; des Mietsvertrags 1, 482; der Bürgschaft 1, 567; der Bewilligung zu Eintragungen im Grundbuche 2, 60; der Verpfändung einer Briefhypothek 2, 350; der Eheschließung 2, 365—369; Mangelnde — bei der Eheschließung 2, 372; — der Errichtung eines Ehevertrags 2, 407; des Adoptionsvertrags 2, 527; der Errichtung eines Testaments 3, 161 ff.; eines gemeinschaftlichen Testaments 3, 172; eines Erbvertrags 3, 185; dsgl. der Aufhebung 3, 190 ff.; der Ausschlagung der Erbschaft 3, 18; des Abschlusses eines Erbschaftskaufes 3, 230; — eines Rechtsgeschäfts im internat. Privatrecht 3, 254.

Fortgesetzte Gütergemeinschaft 2, 450 ff.; bei Fahrnisgemeinschaft 2, 460.

Frau, rechtliche Stellung 1, 38, 2, 396 ff.; Wartezeit vor der Wiederverheiratung 2, 365, 371; Recht zur Ablehnung der Vormundschaft 2, 541. Vgl. Ehefrau.

Freies Belieben des Beschwerten bei einem Vermächtnis 3, 128.

Freies Vermögen des Kindes 2, 489.

Freiheitsentziehung, Schadensersatz wegen — 1, 600.

Freiheitsersitzung vgl. Ersitzung.

Frist, Berechnung 1, 201 ff.; — für die Verjährung 1, 206 f.; zur Mängelrüge beim Kaufe 1, 455; beim Viehkaufe 1, 460; der Ansprüche des Mieters gegen den Vermieter 1, 488; zur Kündigung der Miete 1, 491; des Dienstvertrages 1, 516; des Darlehens 1, 508; für die Vorlegung von Schuldverschreibungen 1, 591; von Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen 1, 591; für eine Preisbewerbung 1, 532; für die Tabularersitzung 2, 92; für die Ersitzung des Eigentums 2, 100; zur Erhebung der Besitzklagen 2, 45; zur Kündigung der Grundschuld 2, 319; der Rentenschuld 2, 321; zur Erhebung der Eheanfechtungsklage 2, 380; der Scheidungsklage 2, 391; der Klage auf Anfechtung der Ehelichkeit 2, 472; zur Anfechtung letztwilliger Verfügungen 3, 91; zur Ausschlagung der Erbschaft 3, 18; zur Anfechtung derselben 3, 19; zur Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit 3, 201; zur Geltendmachung von Forderungen an den Nachlaß 3, 30, 34 f., 44, 60, 76; für die aufschiebenden Einreden des Erben 3, 37 f.; zur Errichtung des Nachlaßinventars 3, 27; für den An-

trag auf Nachlaßverwaltung 3, 40; zur Annahme eines Vermächtnisses durch den Pflichtteilsberechtigten 3, 206.

Früchte 1, 110—115; Verteilung unter mehrere Berechtigte 1, 113 f.; Pfandrecht des Verpächters 1, 502; — eines gemeinschaftl. Gegenstandes 1, 559; Überfall 2, 98; Eigentumserwerb an — 2, 136 ff.; Recht des Nießbrauchers auf — 2, 222 f.; Herausgabepflicht des Erbschaftsbesitzers 3, 51; — des Vermächtnisgegenstandes 3, 132.

Fürsorgeerziehung Minderjähriger 2, 538 f.

Fund 2, 153 ff.

Fungible Sachen vgl. Vertretbare Sachen.

G.

Garnisonort, Wohnsitz am — 1, 40.

Gastwirt, Haftung für eingebrachte Sachen 1, 545; Pfandrecht 1, 546; Haftung für unerlaubte Handlungen der Angestellten 1, 607.

Gattung, der — nach bestimmte Sache als Gegenstand eines Schuldverhältnisses 1, 236; Übergang der Gefahr beim Gattungskaufe 1, 458, 462; Gewährleistung wegen Mängel der Sache 1, 458; Schenkung einer der — nach bestimmten Sache 1, 477; dsgl. Vermächtnis 3, 137 f.

Gattungsschuld 1, 236 f.; Unmöglichkeit der Leistung 1, 269.

Gattungsvermächtnis 3, 137 f.

Gebäude, Bestandteile eines — 1, 101; dsgl. Zubehör 1, 108; Haftung für Einrichtungen 1, 609; Ausbesserungspflicht des Pächters 1, 501; Überbau 2, 98; — als Gegenstand des Erbbaurechts 2, 210; des Wohnungsrechts 2, 241; Versicherung eines — bei der Hypothek 2, 282.

Gebot, Gebundenheit an das — bei der Versteigerung 1, 171.

Gebrauch der gemieteten Sache 1, 482 ff.; der gemeinschaftl. Sache 1, 559.

Gebrechlichkeit als Grund zur Ablehnung der Vormundschaft 2, 541; Pflegschaft wegen — 2, 559.

Gebundenheit an den Vertragsantrag 1, 167; an das Gebot bei der Versteigerung 1, 171.

Geburt des Menschen, Beginn der Rechtsfähigkeit 1, 37; Tag der — bei Berechnung des Lebensalters 1, 201; zu erwartende — eines Erben 3, 3, 22, 60; eines Nacherben 3, 98, 100; eines Vermächtnisnehmers 3, 123.

Gefährdung des Gemeinwohles durch Vereinsbeschlüsse 1, 65; durch Stiftungszweck 1, 92; — des Unterhalts durch den Ehemann 2, 431; — des Wohles des Kindes 2, 492; des Kindesvermögens 2, 492; der Befriedigung der Nachlaßgläubiger 3, 40, 45; des Nachlasses 3, 110.

Gefängnisstrafe, Verwirkung der elterl. Gewalt durch — 2, 493.

Gefahr, Umkommen in gemeinsamer — 1, 47; — der Übersendung von Geld 1, 262; Übergang bei Verzug des Gläubigers 1, 288; bei der Hinterlegung 1, 357; beim Kaufe 1, 442 ff.; beim Inventar von verpachteten Grundstücken 1, 502; beim Werkvertrage 1, 525; beim Rücktritt 1, 340; bei gegenseitigen Verträgen 1, 303 f.; bei unerlaubter Entziehung von Sachen 1, 612; beim Erbschaftskaufe 3, 231.

Gefahrverschollenheit 1, 45.

Gegenleistung, Bestimmung durch den Berechtigten 1, 297.

Gegenseitige Verträge 1, 298 ff.; — Einsetzung von Ersatzerben 3, 96; — Erbeinsetzung unter Ehegatten 3, 173 ff.

Gegenstand, Begriff 1, 93.

Gegenvormund 2, 539; Genehmigung zu Rechtsgeschäften des Vormundes 2, 551; Ausschließung bei befreiter Vormundschaft 2, 556; bei der Pflegschaft 2, 561.

Geheimer Vorbehalt bei Willenserklärungen 1, 133.

Gehülfen, Haftung für — 1, 59, 182, 199, 271 ff.; bei unerlaubter Handlung 1, 606; — des Richters, Notars bei der Testamentserrichtung 3, 164.

Geisteskrankheit, Entmündigung wegen — 1, 40; Geschäftsunfähigkeit als Folge von — 1, 118; Haftung für unerlaubte Handlungen 1, 607; — als Scheidungsgrund 2, 392; — des Mündels 2, 558.

Geistesschwäche, Entmündigung wegen — 1, 40; Einfluß auf die Geschäftsfähigkeit 1, 118; Haftung für unerlaubte Handlungen 1, 605 ff.; Unfähigkeit zum Vormund 2, 540; Testamentserrichtung 3, 161; dsgl. Widerruf 3, 168.

Geistestätigkeit, Störung der — als Grund der Geschäftsunfähigkeit 1,

117; als Nichtigkeitsgrund bei der Eheschließung 2, 372; Störung der — bei unerlaubten Handlungen 1, 276, 605.

Geistliche Gesellschaften, Erwerb des Rechtsfähigkeit 1, 18, 73.

Geld als verbrauchbare Sache 1, 98; Hinterlegung zur Sicherheitsleistung 1, 225 f.; zur Befreiung von einer Schuld 1, 289; Gefahr bei Übersendung 1, 262; Haftung des Gastwirts für eingebrachtes — 1, 545; Erwerb in gutem Glauben 2, 123, 190; Pfandrecht an auf — gehenden Forderungen 2, 353; Verfügung des Ehemannes über — der Frau 2, 417; Anlegung von — des Kindes unter elterlicher Gewalt 2, 487 f.; bei der Vorerbschaft 3, 115.

Geldforderungen, Nießbrauch an 2, 232 ff.; dsgl. Pfandrecht 2, 353.

Geldrente, Ersatz des Schadens durch Zahlung einer — 1, 248; dsgl. bei unerlaubten Handlungen 1, 612; — bei Überbau 2, 98; für Duldung eines Notwegs 2, 99; Gewährung des Unterhalts durch Zahlung einer — 2, 395, 480, 506.

Geldschulden 1, 242; — sind Bringschulden 1, 262; Verzugszinsen 1, 282.

Geltendmachung der Anfechtbarkeit der Ehe 2, 380; dsgl. der Nichtigkeit 2, 373; der Ansprüche der Frau gegen den Mann 2, 415; der Unehelichkeit eines Kindes 2, 472; der Ansprüche für und gegen den Nachlaß 3, 21 f., 30, 35 f., 39, 41, 150, 154 ff., 159.

Gemeinden, Aufrechnung gegen Forderungen von — 1, 381; Recht bez. gefundener Sachen 2, 156.

Gemeindevorsteher, Testamentserrichtung vor dem — 3, 167.

Gemeindewaisenrat 2, 536, 540.

Gemeinschaft 1, 557—562; Aufhebung der ehelichen — 2, 385, 394; — der Erben 3, 54 ff.; Übergangsvorschrift 3, 286.

Gemeinschaftlicher Besitz 2, 16; — Erbteil 3, 94; — Anteil an einem Vermächtnisse 3, 125; — Testament 3, 171—182; — Erbschein 3, 83.

Gemeinwohl, Gefährdung durch Vereinsbeschlüsse 1, 65; durch Stiftungszweck 1, 92.

Genehmigung Begriff 1, 193; — einer Stiftung 1, 90; — des gesetzl. Vertreters zu Verträgen beschränkt Geschäftsfähiger 1, 118; des ohne Vertretungsmacht Vertretenen 1, 189; eines Dritten zu einem Rechtsgeschäft 1, 192 f.; des Berechtigten zur Verfügug eines Nichtberechtigten 1, 193; der Geschäftsführung ohne Auftrag 1, 537: zur Ausgabe von Schuldverschreibungen 1, 587; des Beistandes zu Rechtsgeschäften der Mutter 2, 497; des Gegenvormunds zu solchen des Vormunds 2, 551; desgleichen des Vormundschaftsgerichts 2, 553.

Genuskauf vgl. Gattungskauf.

Gerichtliche Beurkundung 1, 158 f.; Erfordernis bei einzelnen Rechtsgeschäften 1, 295, 412, 472, 2, 60, 236, 271, 407, 435, 502, 524, 528, 531, 3, 18 f., 57, 180, 187, 190 ff., 196, 230; landesrechtliche Abweichungen 1, 160.

Gerichtsschreiber bei der Testamentserrichtung 3, 163 f.

Gerichtsvollzieher, Zustellung von Willenserklärungen 1, 166, 370; Versteigerung durch — 1, 358, 2, 125, 341, 355.

Gesamtgläubiger 1, 426 f.

Gesamtgut bei allgem. Gütergemeinschaft 2, 437 ff.; bei fortges. Gütergemeinschaft 2, 451; bei Errungenschaftsgemeinschaft 2, 454; bei Fahrnisgemeinschaft 2, 459.

Gesamtgutsverbindlichkeiten 2, 439, 443 ff., 448, 455 f.

Gesamthänderschaft 1, 432 ff.

Gesamthypothek 2, 312 ff.

Gesamtrechtsnachfolge 3, 1.

Gesamtsache 1, 94.

Gesamtschuldner 1, 419 f.

Geschäftsbesorgung als Gegenstand des Dienst- oder Werkvertrags 1, 512 f., 518; Öffentl. Erbieten oder Bestellung zur — 1, 513.

Geschäftsbetrieb, wirtschaftlicher, von Vereinen 1, 53; — durch Minderjährige 1, 120 f.

Geschäftsfähigkeit, internationales Privatrecht 3, 239 f.

— Mangelnde und beschränkte: 1, 117 ff.; Wirkung auf den Wohnsitz 1, 41; Anspruchsverjährung beim Mangel der Vertretung 1, 208; Geschäftsführung ohne Auftrag 1, 537; Erbvertrag 3, 184.

— Beschränkte: Vertretung durch einen beschränkt Geschäftsfähigen 1, 179; Eheschließung 2, 362; Anfechtung der Ehe 2, 374; — des Vaters 2, 493; bei der Ehelichkeitsklärung 2, 523; Erbver-

zicht 3, 195; Erbvertrag 3, 184, 190; — des Erblassers 3, 161; des Testamentsvollstreckers 3, 146.

Geschäftsführung in der Gesellschaft 1, 550 f.; — ohne Auftrag 1, 536—539.

Geschäftsherr, Haftung für unerlaubte Handlungen der Angestellten 1, 606 f.

Geschäftsräume öffentl. Behörden, Fund in denselben 2, 156 f.

Geschäftsunfähigkeit, Begründung eines Wohnsitzes 1, 41; Eintritt der — nach Abgabe einer Willenserklärung 1, 165; vor Annahme des Vertragsantrages 1, 169; beim Auftrage 1, 535; als Nichtigkeitsgrund der Ehe 2, 372; — des Vaters 2, 493; Unfähigkeit zur Führung der Vormundschaft 2, 540; zum Testamentsvollstrecker 3, 146; — beim Erbverzicht 3, 196; bei Anfechtung eines Erbvertrages 3, 187; dsgl. bei Aufhebung desselben 3, 190; Vgl. Geschäftsfähigkeit.

Geschlecht, Einfluß auf die rechtliche Stellung 1, 38.

Geschlechtsehre, weibliche, Schadensersatz für Verletzung der — 1, 604, 611.

Geschlechtsgemeinschaft als Ehehindernis 2, 363, 371.

Geschwister, Eheverbot 2, 363; gesetzliches Erbrecht 3, 6; Vormund für — 2, 540.

Gesellschaft 1, 546—557; Verhältnis nach innen 1, 549—554; nach außen 1, 554—557; Beendigung 1, 555 ff.

Gesellschaftsvermögen 1, 552 f.

Gesetz, Begriff 1, 21; Verstoß gegen — macht Verträge nichtig 1, 126; Berufung zur Erbschaft durch — 3, 3.

Gesetzliche Erben 3, 5 ff.; Einsetzung als Vor- oder Nacherben 3, 16, 99 ff.

Gesetzlicher Wohnsitz 1, 41 f.

Gesetzliches Güterrecht 2, 405 ff.

Gesetzwidrige Beschlüsse eines Vereins 1, 65.

Gesinderecht ist Landesrecht 1, 509; ergänzende Vorschriften im BGB. 1, 515.

Gestohlene Schuldverschreibungen 1, 589, 592; — Sachen 2, 122, 190.

Gesundheit, Schadensersatz für Verletzung der — 1, 600; Gefährdung der — durch die vermietete Wohnung 1, 485, 3, 284.

Gewährfrist bei Sachmängeln 1, 455; beim Viehkaufe 1, 460 f.

Gewährleistung beim Kaufe wegen Mängel im Rechte 1, 438 ff.; wegen Mängel der Sache beim Spezieskaufe 1, 445 ff.; beim Gattungskaufe 1, 458 f.; beim Viehkaufe 1; 460; — bei Hingabe an Erfüllungsstatt 1, 346; Schenkung 1, 475 f.; Zuteilung einer gemeinschaftlichen Sache 1, 562; Miete 1, 483 ff.; Werkvertrag 1, 519; Leihe 1, 506; Erbschaftsverkauf 3, 231; Vermächtnis 3, 138.

Gewerbliche Anlagen, Zubehör 1, 108.

Gewinn, Ersatz des entgangenen — 1, 249 ff.; Verteilung bei der Gesellschaft 1, 553 f.

Gewinnanteilscheine, keine Kraftloserklärung 1, 590; Vorlegungsfrist 1, 591; beim Nießbrauch am Papier 2, 235; beim Pfandrecht 2, 355; bei Mündelpapieren 2, 552.

Gewohnheitsrecht 1, 21 ff.

Gläubiger, Verzug des — 1, 283—291; Wechsel des — 1, 385 ff.; Mehrheit von — 1, 416 ff.

Glaube, guter 1, 195 ff.; — beim Erwerb und Verlust des Eigentums an Fahrnis 2, 103 ff., 119 ff.; — zu Gunsten des Erbscheins 3, 84.

Grade der Verwandtschaft 2, 462.

Grenze, Feststellung der — 2, 99.

Grobe Fahrlässigkeit Haftung für — bei Verantwortlichkeit für Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten 1, 195; bei Verzug des Gläubigers 1, 288; Schenkung 1, 475; Geschäftsführung ohne Auftrag 1, 537; bei Fund 2, 155.

Großeltern, gesetzl. Erbrecht 3, 6, 10; Ersatz für Unterhaltsgewährung 1, 537.

Großvater, Berufung zur Vormundschaft 2, 540.

Grund, wichtiger, berechtigt zur fristlosen Kündigung des Dienstvertrags 1, 516; Gesellschaftsvertrags 1, 556; der Gemeinschaft 1, 560.

Grundbuch 2, 52 ff.; Zeitpunkt der Anlegung 2, 56, 3, 290; Ersitzung und Verjitzung zugunsten des — 2, 92. gegen das — 2, 218.

Grundbuchamt, Auflassung vor dem — 2, 100; Erklärung des Verzichts auf das Eigentum vor dem — 2, 61, 101

Grundbuchbeamte, Haftung der Verletzung der Amtspflicht 1, 610.

Grunddienstbarkeiten 2, 211 bis 221; Beeinträchtigung durch Überbau 2, 98; — an einem vermachten Grundstücke 3, 138; Landesrechtl. Vorbehalte 2, 243 f.; Übergangsvorschriften 2, 49, 217 f., 243, 3, 289.

Grundschuld 2, 318 ff.; Pflicht des Verkäufers zur Beseitigung 1, 440; Rangabänderung 2, 67; Nießbrauch an einer — 2, 232; Umwandlung der Hypothek in — und umgekehrt 2, 254, 320; — bei Fahrnisgemeinschaft 2, 459; an einem vermachten Grundstück 3, 134.

Grundschuldbrief auf den Inhaber 2, 319.

Grundstücke, wesentliche Bestandteile 1, 101; Vertrag über Verpflichtung zur Veräußerung von — 1, 295; Aufgeben des Besitzes bei Verzug des Gläubigers 1, 389; Verkauf von — 1, 438; Pacht eines landwirtschaftl. — 1, 501 f.; Verjährung der Mängelansprüche beim Kauf 1, 455; beim Werkvertrage 1, 522; Erwerb und Verlust des Eigentums an — 2, 99 ff.; Entstehung des Nießbrauchs an — 2, 222; — des eingebrachten Gutes 2, 418; des Gesamtguts 2, 440; bei Fahrnisgemeinschaft 2, 459; — des Mündels 2, 547; des Vorerben 3, 111; Erwerbsbeschränkung für Ausländer 1, 39.

Gütergemeinschaft vgl. Allgemeine, Fortgesetzte Gütergemeinschaft.

Güterrecht, eheliches 2, 405 ff.; — der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung 2, 409 ff.; der Gütertrennung 2, 433 f.; der allgem. Gütergemeinschaft 2, 437 ff.; der Errungenschaftsgemeinschaft 2, 453 ff.; der Fahrnisgemeinschaft 2, 458 ff.; internat. Privatrecht 3, 244 f.; Übergangsvorschriften 2, 402, 436, 3, 292.

Güterrechtsregister 2, 407 f., 461 f.

Gütertrennung 2, 433 f.

Guter Glaube vgl. Glaube.

Gutsübernahme mit Abfindung Dritter 1, 317.

H.

Häusliche Gemeinschaft beim Dienstvertrage 1, 515; — mit dem Erblasser, Auskunftspflicht 3, 49.

Haftung aus Rechtsgeschäften für nichtrechtsfähige Vereine 1, 81 f.; eines Vereins für Handlungen des Vorstands 1, 58 ff.; dsgl. der Liquidatoren 1, 67; — des Schuldners bei Leistungsverzug 1, 282; bei Annahmeverzug 1, 288; — des Übernehmers eines Vermögens 1, 413; — des Verkäufers wegen Mängel im Rechte 1, 438 ff.; wegen Sachmängel 1, 445 ff.; bei arglistigem Verschweigen 1, 442, 455, 458; — des Vermieters 1, 482 ff.; des Mieters 1, 486; des Unternehmers beim Werkvertrage 1, 519; des Wirtes für eingebrachte Sachen 1, 545; der Gesellschafter 1, 551, 555; des Verwahrers 1, 539; des Verleihers und Entleihers 1, 506; des Schenkers 1, 475; des Ausstellers von Schuldverschreibungen 1, 588 f.; des Geschäftsführers ohne Auftrag 1, 190, 537; des ungerechtfertigt Bereicherten 1, 597; aus eigenen unerlaubten Handlungen 1, 600 ff.; — dsgl. aus fremden 1, 606 ff., 3, 282; dsgl. eines Ausländers 3, 242; des Eigenbesitzers von Gebäuden 1, 609; — mehrerer für denselben Schaden 1, 610; — des Tierhalters 1, 607; des Jagdberechtigten für Wildschaden 1, 609; der Vereine, Gemeinden, des Fiskus 2c. für Vertreter und Beamte 1, 610, 3, 273; — des Staates für richtige Führung der Grundbücher 1, 610; des Finders 2, 155; des gutgläubigen Besitzers gegenüber dem vindizierenden Eigentümer 2, 171 f.; dsgl. des bösgläubigen Besitzers 2, 172 f.; — des Nießbrauchers 2, 238; Umfang der — für Hypotheken 2, 278 ff.; — der Ehegatten 2, 398; des Gesamtguts für gemeinschaftl. Schulden 2, 443 ff.; des Inhabers der elterl. Gewalt 2, 492; des Vormundschaftsrichters 2, 493; des Vormundes 2, 555; der Mitglieder des Familienrats 2, 537; — des Erbschaftsbesitzers 3, 51 ff.; des Nachlaßverwalters 3, 41; des Testamentsvollstreckers 3, 153; — für Nachlaßverbindlichkeiten: beschränkte — des Erben 3, 25, 29 ff., 36, 38 ff.; dsgl. unbeschränkte 3, 29, 31, 36 ff., 38; desselben wegen Verwaltung des Nachlasses 3, 39 ff.; — des Vorerben 3, 116, 121 f.; der Miterben 3, 71 ff., 80; des Erbschaftskäufers 3, 231 f.; des Erbschaftsverkäufers 3, 231 f.

Halbbürtige Geschwister, Eheverbot 2, 363.

Handelsgeschäft, Erwerb eines — 1, 414 f.

Handelsmäkler, Verkauf durch — 1, 358, 445, 2, 341, 355.

Handgeld vgl. Draufgabe.

Handgeschenk vgl. Schenkung.

Handlungsfähigkeit, Begriff 1, 117.

Handzeichen unter Willenserklärungen 1, 162.

Hauptmängel beim Viehkaufe 1, 459 f.

Haushaltsgegenstände der Ehefrau 2, 422; — als Voraus des überlebenden Ehegatten 3, 15; Fortbenutzung von — des Erblassers 3, 4.

Hausstand, dem — der Eltern angehörende Kinder 2, 482; dem — des Erblassers angehörende Familienangehörige 3, 4.

Hauswesen, Leitung durch die Ehefrau 2, 399.

Heiratsregister, Eintragung der Eheschließung 2, 368, 372.

Heiratsvermittler 1, 530.

Hemmung der Verjährung 1, 207 f.; des Klageanspruchs durch Einreden 1, 226 f.; — der Verjährung der Mängelansprüche beim Kaufe 1, 456; dsgl. beim Werkvertrage 1, 522.

Herausgabe von Sachen 1, 257; des eingebrachten Gutes 2, 431; des Kindes 2, 484; des Vermögens desselben 2, 494; dsgl. des Mündels 2, 558; des Erbscheins 3, 84; der Erbschaft bei unrichtiger Todeserklärung 3, 54; dsgl. durch den Vorerben 3, 116; der Erbschaft durch den Erbschaftsbesitzer 3, 46 ff.; durch den Erbschaftsverkäufer 3, 230.

Herausgabeanspruch, Abtretung des — als Mittel des Besitzerwerbs 2, 19, 25; des Eigentumserwerbs an Fahrnis 2, 117 f., 126; — des Eigentümers gegen den Besitzer 2, 160 ff.

Herbergsvertrag 1, 545.

Herrenlose Sachen 2, 146 ff.; — Tiere 2, 149. Vgl. Aneignung.

Herstellung der häuslichen Gemeinschaft 2, 396 f., 387.

Hingabe an Erfüllungsstatt 1, 341 ff.

Hinterlegung 1, 352—359; — zur Sicherheitsleistung 1, 225; während des Annahmeverzuges 1, 289; bei Gesamtschuldverhältnissen 1, 420; beim Nießbrauch an einem Wertpapier 2, 235; zur Befriedigung des Hypothekengläubigers 2, 285; zur Ausschließung des unbekannten Hypothekengläubigers 2, 301; — des Pfandes 2, 347; — von Wertpapieren der Frau 2, 427; des Kindes 2, 492; des Mündels 2, 552; — von Wertpapieren u.s.w. durch den Vorerben 3, 112; einer zum Nachlaß geschuldeten Sache für die Miterben 3, 56; landesgesetzliche Bestimmungen 1, 225 f., 353, 355, 358.

Hinterlegungsschein über ein Testament 3, 165.

Hinterlegungsvertrag vgl. Verwahrung.

Hochzeitsgeschenke als Voraus des überlebenden Ehegatten 3, 15.

Höchstbetragshypothek 2, 261.

Höhere Gewalt, Begriff 1, 200; Haftung des Gastwirtes bis zur — 1, 545; Inventarerrichtung 1, 199.

Hoher Adel, Autonomie 1, 20.

Holographisches Testament 3 161 ff., 172.

Holschulden 1, 262.

Hypothek 2, 248 ff.; Entstehung 2, 263—270; Verjährung des durch — gesicherten Anspruchs 1, 205, 212; Übergang durch Abtretung der Forderung 1, 393; Übernahme durch den Erwerber eines Grundstücks 1, 410; Pflicht des Verkäufers zur Beseitigung 1, 440; Angeben einer — bei der Bürgschaft 1, 572; Rangänderung 2, 67 f.; Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld und umgekehrt 2, 254, 320; Übertragung 2, 270—278; Umfang von Forderung und — 2, 278—282; Inhalt der — Forderung 2, 282—289; Erlöschen der — 2, 289 ff.; Nießbrauch an einer — 2, 232; dsgl. Verpfändung 2, 349 ff., — bei Fahrnisgemeinschaft 2, 459; Verfügung des Vormundes über — des Mündels 2, 553; — an einem vermachten Grundstücke 3, 133 f.

Hypothekenbrief 2, 258 ff., 265, 271 ff.; ausgeschlossen bei der Sicherungshypothek 2, 316.

J.

Jagdberechtigter, Haftung des Wildschaden 1, 609.

Jahr, Berechnung einer nach — bemessenen Frist 1, 202.

Illoyalität, Schadenersatzpflicht wegen — 1, 605.

Immissionen, Verpflichtung des Grundstückseigentümers zur Duldung von — 2, 96.

Impensae vgl. Verwendungen.

Inbegriff von Sachen 1, 94 f.; Herausgabepflicht 1, 257.

Individualitätsrechte 1, 42.

Indossable Papiere, Hypothek für Forderungen aus solchen 2, 316 f.; Pfandrecht daran 2, 354; Schiffspfandrecht 2, 348.

Inhaber von Schuldverschreibungen vgl. Schuldverschreibungen.

Inhaberpapiere 1, 587 ff.; — als Mittel der Sicherheitsleistung 1, 225; Eigentumserwerb an gestohlenen — 2, 124, 190; Nießbrauch an — 2, 235; Sicherungshypothek 2, 316; Pfandrecht 2, 354 f.; Vermutung für die im Besitze der Ehegatten befindlichen — 2, 404; Erwerb von — aus Mitteln des eingebrachten Gutes 2, 422; dsgl. aus Mitteln des Kindes 2, 488; Sicherstellung von — des eingebrachten Gutes 2, 427; des Mündels 2, 552; der Erbschaft für den Nacherben 3, 112; Übergangsvorschriften 3, 287 f.

Inkrafttreten des BGB. 1, 24 ff.

Interesse vgl. Öffentliches Interesse.

Internationales Privatrecht 3, 233 ff.

Interpretation vgl. Auslegung.

Inventar bei der Rechnungslegung 1, 257; Pacht eines Grundstücks mit — 1, 502; Pfandrecht des Pächters am — 1, 503; Grundstück mit — als Gegenstand des Nießbrauchs 2, 225; — des eingebrachten Gutes der Ehefrau 2, 418, 455; des Nachlasses 3, 27 ff.

Inventarerrichtung durch den Erben 3, 27 ff.; durch Miterben 3, 78, 80; durch den Erbschaftsverkäufer oder -käufer 3, 232; Beihilfe des Testamentsvollstreckers 3, 153.

Inventarfrist 3, 27, 29, 37, 232.

Irrtum 1, 137—147; — beim Abschlusse eines Vergleiches 1, 574; — des Geschäftsführers ohne Auftrag 1, 537; — bei Selbsthilfe 1, 224; über den Akt der Eheschließung 2, 374; über Eigenschaften des Ehegatten 2, 375; — bei letztwilligen Verfügungen 3, 89; bei der Annahme der Erbschaft 3, 19 f.

Juristische Früchte 1, 110.

Juristische Personen 1, 48 ff.; Nießbrauch von — 2, 228 f.; noch nicht zur Entstehung gelangte — 3, 3, 98, 100; Erwerbsbeschränkungen 1, 39, 48; Übergangsvorschriften 3, 272.

Juristische Tatsache, Begriff 1, 116.

K.

Kaiserliche Verordnung betr. Viehmängel 1, 460.

Kalender, Verzug des Schuldners bei Bestimmung der Zeit nach dem — 1, 280; dsgl. Verzug des Gläubigers 1, 286.

Kauf im allgemeinen 1, 434 ff.; Tragung der Gefahr 1, 442 ff.; Gewährleistung für Mängel der Sache 1, 445 ff.; Viehkauf 1, 459 ff.; Besondere Arten 1, 463 ff.; — bricht nicht Miete 1, 482; — einer Erbschaft 3, 229 ff.

Kaufmann, Aufbewahrung fremder Wertpapiere 1, 543 f.; Anweisung eines — 1, 587.

Kausale Rechtsgeschäfte 1, 122.

Kautionshypothek 2, 261, 316.

Kennen und Kennenmüssen 1, 194 ff.

Kinder, religiöse Erziehung 2, 485; Gesetzliches Erbrecht 3, 6 f., 11; Bedenkung der — 3, 87; — aus nichtiger Ehe 2, 499 ff. Vgl. Eheliche, Uneheliche Kinder, Eltern.

Kindesstatt, Annahme an —, vgl. Annahme an Kindesstatt.

Kirchliche Verpflichtungen in Ansehung der Ehe 2, 357.

Klage, Erhebung der — als Unterbrechung der Verjährung 1, 210; als Mahnung 1, 280; wegen Verletzung des Besitzes 2, 38 ff.; des Hypothekengläubigers auf Unterlassung bei Verschlechterung des Grundstücks durch den Eigentümer 2, 283; — auf Eingehung der Ehe unzulässig 2, 358; — auf Anfechtung der Ehe 2, 380; dsgl. auf Nichtigkeit 2, 373; auf Herstellung des ehelichen Lebens 2, 356; — auf Aufhebung der Verwaltung u. Nutznießung 2, 431; bei allgemeiner Gütergemeinschaft 2, 447; — der Abkömmlinge auf Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft 2, 452; der Ehegatten auf Aufhebung der Errungenschaftsgemeinschaft 2, 457; — auf Anfechtung der Ehelichkeit 2, 472; auf Erbunwürdigkeit 3, 202; auf Erfüllung einer Auflage 3, 139.

Klasse von Personen, letztwillige Bedenkung 3, 87.

Kobifikation, BGB. als — 1, 16.

Körperschaften des öffentl. Rechts 1, 59 f., 65, 3, 273; Gesetzliches Erbrecht 3, 16.

Körperverletzung, Ersatzpflicht wegen — 1, 600.

Kollision der Rechte 1, 218.

Kommorienten 1, 47.

Kommunalverbände, Aufrechnung gegen Forderungen derselben 1, 381.

Konfession, Einfluß auf die rechtliche Stellung 1, 38.

Konfusion bei Schuldübernahme 1, 405; bei Gesamtschuldverhältnissen 1, 420, 428; bei der Bürgschaft 1, 572; bei dinglichen Schuldverhältnissen 2, 63; beim Nießbrauch 2, 228 f.; bei Pfandrechten 2, 207, 346; bei Verbindlichkeiten zwischen Erben und Erblasser 3, 39, 120, 131, 231.

Kongregationen, ordensähnliche, Erwerbsbeschränkungen 1, 39.

Konkurs eines Vereins 1, 64, 78, 3, 273; einer Stiftung 1, 92; Unterbrechung der Verjährung durch Anmeldung des — 1, 210; Rücknahmerecht des Hinterlegers während des — 1, 356; — eines Gesellschafters 1, 556; des Auftraggebers 1, 535; des Hauptschuldners bei der Bürgschaft 1, 570; des Mannes bei gesetzlichem Güterrecht 2, 431; bei Errungenschaftsgemeinschaft 2, 457; bei Fahrnisgemeinschaft 2, 459; des Vaters 2, 488; — macht unfähig zum Vormund 2, 541. Vgl. Nachlaßkonkurs.

Konkursverwalter, Verfügung durch den — während des Schwebens einer Bedingung 1, 174; Einfluß der Genehmigung eines Rechtsgeschäfts auf eine Verfügung des — 1, 193; Einfluß der Verfügung bei der Vormerkung 2, 75; Verwaltung des Nachlasses im Nachlaßkonkurs 3, 42 f.

Konsensprinzip, materielles, für Eintragungen im Grundbuch 2, 54.

Kontrahieren mit sich selbst 1, 182.

Konventionalstrafe vgl. Vertragsstrafe.

Konversion eines nichtigen Rechtsgeschäfts 1, 125.

Konzessionssystem bei eingetragenen Vereinen 1, 50; bei Stiftungen 1, 90.

Korrealhypothek 2, 312 ff.

Korrealschulden 1, 416.

Korrespektive Verfügungen von Todes wegen 3, 173 ff.

Kostbarkeiten, Hinterlegung 1, 352. Haftung des Wirtes für eingebrachte — 1, 545.

Kosten der Fruchtgewinnung 1, 111. Anrechnung einer Leistung auf die — 1, 347; Aufrechnung auf die — 1, 380; — der Erfüllung des Kaufvertrages 1, 438; Haftung des Bürgen für die — 1, 587; — der Erneuerung von Schuldverschreibungen 1, 590; des Aufgebots derselben 1, 590; der Berichtigung des Grundbuchs 2, 91; Haftung des Grundstücks kraft Hypothek für — 2, 275; dsgl. des Pfandes 2, 333; — der Erhaltung und Nutznießung des eingebrachten Gutes 2, 420; eines Rechtsstreits der Frau 2, 420, 429, 445; der Entbindung der unehelichen Mutter 2, 517; der Beerdigung des Unterhaltsberechtigten 2, 480; dsgl. des Erblassers 3, 24; des Nachlaßverzeichnisses 3, 211.

Kostenanschlag, Überschreitung beim Werkvertrag 1, 527.

Kraftloserklärung der Vollmachtsurkunde 1, 188; der Schuldverschreibungen auf den Inhaber 1, 590; eines Erbscheins 3, 83; Übergangsvorschriften 3, 287.

Krankenkassen, Anrechnung der Bezüge aus — auf die Vergütung des Dienstverpflichteten 1, 515.

Krankheit des Dienstverpflichteten 1, 515; des Ehemannes 2, 401, 442; der Ehefrau 2, 417; — als Ablehnungsgrund der Vormundschaft 2, 541.

Kreditanstalten, Zinseszinsen 1, 244; landwirtschaftliche — 3, 275; Anlegung von Mündelgeld in Papieren ꝛc. der — kommunaler Verbände 2, 548 f.

Kreditanweisung 1, 578.

Kreditauftrag 1, 573.

Kreditgefährdung 1, 604.

Kriegsverschollenheit 1, 44.

Kündigung wegen Höhe der Zinsen 1, 244; Verjährung eines von einer — abhängigen Anspruchs 1, 205; — im Falle der Abtretung 1, 393; bei Gesamtschuldverhältnissen 1, 420; — der Miete 1, 485, 488, 491; der Pacht 1, 503 f.; des Dienstvertrages 1, 516; des Werkvertrages 1, 527; der Gesellschaft 1, 551, 556 f.; der Leihe 1, 506; des Auftrags 1, 535; des Darlehns 1, 505; Kosten der — bei der Bürgschaft 1, 567; — der Gemeinschaft 1, 560; einer mit Nießbrauch belasteten Forderung 2, 233 f.; der Hypothek 2, 284 f.; der Grundschuld 2, 319; der Rentenschuld 2, 321; einer verpfändeten Forderung 2, 352; einer Leistungspflicht der Frau durch den

Mann 2, 402; des Amtes als Testamentsvollstrecker 3, 160; — unter Miterben 3, 60.

Künftige Verbindlichkeiten als Gegenstand der Bürgschaft 1, 567; — Forderung als Gegenstand der Hypothek 2, 265; des Pfandrechts 2, 334.

Kürzung von Vermächtnissen und Auflagen 3, 129, 220 f.

L.

Landesbeamte, Erlaubnis zur Eheschließung 2, 365, 371.

Landesgesetze, Verhältnis zum BGB. 1, 16ff.; Zulässigkeit der Änderung in der Übergangszeit 3, 292, 297.

Landesgesetzgebung, vorbehaltene Gebiete 1, 18.

Landesherrliche Familien, Autonomie 1, 20.

Landesrecht, Verhältnis zum BGB. 1, 16 ff.

Landgut, Zubehör 1, 108; Pacht 1, 503; Nießbrauch 2, 229; Schätzung für die Berechnung des Pflichtteils 3, 61, 211.

Landschaftliche Kreditanstalten 3, 270, 275.

Landwirtschaftliche Grundstücke als Gegenstand des Pachtverhältnisses 1, 501; des Nießbrauchs 2, 225.

Lasten beim Bezuge von Früchten 1, 115; — der Sache beim Kaufe 1, 443; bei der Miete 1, 486; bei der Gemeinschaft 1, 560; Herausgabe vom Besitzer an den Eigentümer 2, 176; Nießbrauch 2, 225; Tragung der — des eingebrachten Gutes 2, 420; bei der Errungenschaftsgemeinschaft 2, 455; bei der elterlichen Nutznießung 2, 490; — der Erbschaft 3, 48, 52; des Vermächtnisgegenstandes 3, 132; Tragung beim Erbschaftskaufe 3, 231.

Leben erforderlich zum Beginne der Rechtsfähigkeit 1, 37; Verletzung des — durch unerlaubte Handlung 1, 600.

Lebensalter, Berechnung 1, 201.

Lebensberuf, Kosten der Vorbildung 2, 504, 3, 63, 219.

Lebensfähigkeit der Neugeborenen nicht erforderlich zur Rechtsfähigkeit 1, 37.

Lebensgefahr, Todeserklärung des in — Umgekommenen 1, 45; Umkommen in gemeinsamer — 1, 47; Unterbleiben des Aufgebots vor der Eheschließung 2, 367.

Lebensgemeinschaft, eheliche 2, 396 f.

Lebensnachstellung als Grund zur Ehescheidung 2, 387; der Erbunwürdigkeit 3, 200; zur Entziehung des Pflichtteils 3, 222.

Lebensstellung der Mutter 2, 504; des Erblassers 3, 222.

Lebensvermutung 1, 46.

Lebensversicherung zu gunsten Dritter 1, 317.

Lebenszeit, Mietvertrag für die — 1, 492; dsgl. Dienstvertrag 1, 516; Gesellschaft 1, 556; Leibrente 1, 562.

Legitimation unehelicher Kinder durch nachfolgende Ehe 2, 521 f.; durch Ehelichkeitserklärung 2, 522 f.; Internat. Privatrecht 3, 248.

Legitimationspapiere u. -zeichen 1, 592.

Lehnrecht 1, 18, 2, 204, 471.

Lehrer, Kündigung eines Dienstverhältnisses 1, 517.

Leibesfrucht, Pflegschaft für eine — 2, 560. Vgl. Empfangene, noch nicht geborene Person.

Leibrente 1, 317, 562 f.; Nießbrauch an einer — 2, 232.

Leihe 1, 505 f.

Leistung, Vertrag über unmögliche — 1, 292; — nach Verjährung des Anspruchs 1, 204, 210, 212, 231; nach Treu und Glauben 1, 236; durch Dritte 1, 261, 343; als Gegenstand der Schuldverhältnisse 1, 229; nachfolgende Unmöglichkeit der — 1, 303 ff.; Bestimmung der — durch einen Vertragschließenden oder durch einen Dritten 1, 297; Schadensersatz nach rechtskräftiger Verurteilung zur — 1, 215, 309; Teilleistung 1, 261, 363; — bei Gesamtschuldverhältnissen 1, 419 f.; Versprechen der — an einen Dritten 1, 313 ff.; — an den eingetragenen Berechtigten 2, 88; Pfandrecht an einem Rechte auf — 2, 350; — an den Mündel 2, 551; an Miterben 3, 56; Vermächtnis des Anspruchs auf — einer Sache 3, 131. Vgl. Wiederkehrende Leistungen.

Leistungsangebot beim Verzuge des Gläubigers 1, 284.

Leistungsort 1, 262; bei der Verwahrung 1, 540 f.; Grundschuld 2, 319; Aufrechnung bei verschiedenem — 1, 367.

Leistungsverzug vgl. Verzug.

Leistungszeit 1, 263; Einfluß von Sonn- und Feiertagen 1, 202; Verzug des Gläubigers bei unbestimmter — 1, 287.

Lesensunkundige, Testamentserrichtung 3, 163 f.

Letztwillige Verfügungen, Anfechtung 3, 89 ff.; Auslegung 3, 87; — in bezug auf fortgesetzte Gütergemeinschaft 2, 452; in bezug auf die Vormundschaft 2, 540; Ernennung des Testamentsvollstreckers durch — 3, 145. Vgl. Testament.

Linien der Verwandtschaft 2, 462; Gesetzliche Erbfolge nach — 3, 5.

Liquidation des Vermögens eines Vereins 1, 67; einer Stiftung 1, 92.

Löschung erforderlich zur Aufhebung von Rechten an Grundstücken 2, 61.

Los, Entscheidung durch das bei — der Auslobung 1, 532; Verteilung durch das — bei der Gemeinschaft 1, 561; bei der Erbengemeinschaft 3, 60.

Lotterievertrag 1, 563.

Lucrum cessans 1, 250.

Luftraum über einem Grundstück 2, 95.

M.

Mäklervertrag 1, 529—531.

Mängel vgl. Gewährleistung.

Mahnung als Voraussetzung zum Verzug des Schuldners 1, 280; im Falle der Übertragung 1, 393; bei der Hypothek 2, 273.

Mandatum qualificatum 1, 573.

Marktpreis bei Differenzgeschäften 1, 566; beim Pfandverkauf 2, 341, 355; Verkauf einer Sache zum — an Stelle der Hinterlegung 1, 358.

Maschinen als Zubehör 1, 108.

Materialien zum BGB. 1, 29.

Maximalhypothek 2, 261.

Mehrfacher Wohnsitz 1, 41.

Mehrheit von Verbindlichkeiten, Anrechnung der Leistung 1, 346; — von Forderungen bei der Aufrechnung 1, 380; — von Gläubigern und Schuldnern 1, 416—434; — von Beteiligten beim Rücktritte 1, 339; dsgl. bei unerlaubten Handlungen 1, 610; — von Testamentsvollstreckern 3, 146, 159; von Erben vgl. Miterben.

Meldungsaufforderung an die Nachlaßgläubiger 3, 33, 60, 77.

Menschen als Rechtssubjekte 1, 37; Namenrecht 1, 42 f.

Mentalreservation 1, 133.

Miete 1, 481—500; Mieter als Besitzer 2, 6, 12, 33 ff.; Mietvertrag des Nießbrauchers 2, 228; des Mannes über eingebrachte Grundstücke 2, 432; des Vormundes eines Minderjährigen 2, 553; Übergangsvorschriften für bestehende Mietsverhältnisse 3, 267, 284.

Mietzinsen, Verjährung von Rückständen 1, 206; Haftung kraft Hypothek 2, 280.

Militärpersonen, gesetzlicher Wohnsitz 1, 41; Todeserklärung bei Kriegsverschollenheit 1, 44; Heiratserlaubnis 2, 365, 371.

Minderjährige 1, 39; Volljährigkeitserklärung 1, 39; Beschränkte Geschäftsfähigkeit 1, 118; Haftung wegen versäumter Aufsicht über — 1, 607; Haftung aus unerlaubten Handlungen 1, 605 f., 199; Nichtzulassung als Zeugen bei der Eheschließung 2, 368; Unterhaltsansprüche — Kinder 2, 476 f.; — als Mutter 2, 498; elterliche Gewalt 2, 481 ff.; Unterhaltspflicht 2, 477; Vormundschaft über — 2, 539 ff.; — als Vormund 2, 541; Testamentserrichtung 3, 161, 163 f.

Minderung beim Kaufe 1, 454 ff.; — beim Werkvertrage 1, 520.

Mißbrauch des Rechtes eines Ehegatten 2, 397; des Ehemannes 2, 397; der elterlichen Gewalt 2, 492.

Mißhandlung als Grund zur Ehescheidung 2, 386, 389 ff.; zur Entziehung des Pflichtteils 3, 222.

Mitbesitz 2, 16; Schutz 2, 28; Einräumung zwecks Bestellung des Nießbrauchs 2, 235; des Pfandrechts 2, 325.

Mitbieten des Gläubigers, Eigentümers und Schuldners beim Pfandverkauf 2, 342.

Mitbürgen 1, 571 f.

Miteigentum 2, 197—203; infolge Verbindung und Vermischung 2, 130, 132; infolge Vereinigung von Bienenschwärmen 2, 152; Anteil des Miteigentümers als Gegenstand des Verkaufsrechtes 2, 242; des Nießbrauchs 2

230; der Reallast 2, 246; der Hypothek 2, 264; eines Vermächtnisses 3, 135.

Miterben, Einsetzung 3, 4, 94 ff.; Anwachsung 3, 94 f.; Ausschließung durch Ersatzerben 3, 96 f.; Erbschein für — 3, 83; Stellung zueinander 3, 54 ff.; Auseinandersetzung 3, 59 ff.; Stellung zu den Nachlaßgläubigern 3, 70—81; dsgl. bez. des Pflichtteils 3, 220; Vorkaufsrecht 1, 467, 3, 58.

Mitgliederversammlung eines Vereins 1, 55 ff.

Mitgliedschaft bei eingetragenen Vereinen 1, 61 ff.

Mittelbarer Besitz 2, 12 ff.; Einräumung statt der Übergabe 2, 17 f., 113 ff., 122, 268, 271; — beim Eigentumsanspruch 2, 161, 169 f., 174 f.; Vermutung auf Grund — 2, 183 f.

Mitverschluß beim Pfandrecht 2, 325 ff.

Mitvormünder 2, 540, 545, 555.

Mobiliargemeinschaft 2, 458 ff.

Monat, Berechnung einer nach — bestimmten Frist 1, 202.

Motiv, Irrtum im — 1, 137 f.; Motive zum BGB. 1, 7, 29.

Mündel vgl. Vormundschaft.

Mündelgelder, Anlegung 2, 546 f.

Münzgesetz, deutsches 1, 242.

Münzsorte, Zahlung in bestimmter — 1, 242.

Muster, Kauf nach — 1, 463.

Mutter, eheliche: elterliche Gewalt 2, 484, 492, 494 f.; gesetzliches Erbrecht 3, 5. — uneheliche: Lebensstellung maßgebend für die Höhe des Unterhalts 2, 504 f.; Ansprüche gegen den Vater 2, 517; Einwilligung zur Ehelichkeitserklärung des Kindes 2, 523; dsgl. zur Adoption 2, 528; gesetzliches Erbrecht 3, 5; internationales Privatrecht 2, 247 f.

N.

Nachbarrecht 2, 96 f.

Nacheile bei Besitzentziehung 2, 30 f.

Nacherbe 3, 97—122; Pflegschaft für — 2, 560; Wirkung des Eintritts des Nacherbfalles 3, 118; Testamentsvollstrecker zur Wahrnehmung der Rechte des — 3, 152; Einsetzung eines — in guter Absicht 3, 224 f.; Beschränkung des Pflichtteilsberechtigten durch Einsetzung von — 3, 205.

Nachfolgende Ehe, Legitimation durch — 2, 521 f.

Nachlaß, Verjährung der zum — gehörigen oder gegen den — gerichteten Ansprüche 1, 208; Verträge über den — eines noch lebenden Dritten 1, 294; Überschuldung des — 3, 42; Berechnung beim Pflichtteil 3, 211.

Nachlaßgericht, Einholung der Genehmigung einer Stiftung 1, 91; Erklärung der Anfechtung der Ehelichkeit 2, 472; Fürsorge für den Nachlaß 3, 22; Feststellung des Erbrechts des Fiskus 3, 22; Ablieferung und Eröffnung von Testamenten 3, 170; Anfechtung einer Verfügung von Todeswegen 3, 91; Erklärung der Ausschlagung der Erbschaft 3, 18; dsgl. der Anfechtung derselben 3, 19; Ausstellung des Erbscheins 3, 82; Einziehung desselben 3, 83; Aufnahme des Inventars 3, 28; Eröffnung des Nachlaßkonkurses und Anordnung der Nachlaßverwaltung 3, 40; Mitwirkung bei der Erbsauseinandersetzung 3, 60; Anmeldung von Nachlaßforderungen beim 3, 77; Erklärung der Annahme des Testamentsvollstreckers 3, 147; Änderung von Anordnungen des Erblassers 3, 153; Entscheidung bei mehreren Testamentsvollstreckern 3, 159; Erklärung der Kündigung des Testamentsvollstreckers 3, 160; Entlassung desselben 3, 147, 160; Anzeige vom Verkaufe der Erbschaft 3, 232.

Nachlaßgläubiger, Aufgebot derselben 3, 30, 33 ff., 44, 76; Haftung des Erben gegenüber den — vgl. Haftung.

Nachlaßkonkurs 3, 27, 38 ff., 42 f., 74.

Nachlaßpflegschaft 3, 21 f., 25, 28, 38.

Nachlaßverbindlichkeiten, Begriff 3, 24. Vgl. Haftung.

Nachlaßverwaltung 3, 27 f., 29, 31, 38—42, 75, 147, 149, 151.

Nachlaßverzeichnis 3, 153, 211.

Nachvermächtnis 3, 124.

Name der ehelichen Kinder 2, 481; der unehelichen Kinder 2, 502; des Adoptierten 2, 528 f.; eines Vereins 1, 55; der Ehefrau 2, 396; dsgl. nach der Scheidung 2, 395.

Namenrecht 1, 42 f.

Namensunterschrift erforderlich bei schriftlichen Willenserklärungen 1, 156.

Nasciturus pro jam nato habetur 1, 38. Vgl. Empfangene, noch nicht geborene Person, Leibesfrucht.

Natürliche Früchte 1, 110.
Natürliche Personen 1, 37 ff.
Naturalobligationen 1, 231.
Nebenleistungen, Hypothek für — 2, 266, 278, 306.
Negotiorum gestio 1, 189.
Nichtberechtigter, Wirksamkeit der Verfügungen eines — 1, 193; Herausgabeansprüche bei Verfügung durch einen — oder Leistung an ihn 1, 595.
Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte 1, 125; Bestätigung 1, 125; Konversion 1, 125; — von Willenserklärungen wegen Formmangels 1, 126, 163, 473; wegen Geschäftsunfähigkeit oder Bewußtlosigkeit 1, 117; — von Rechtsgeschäften bei Verstoß gegen die guten Sitten 1, 126, 243; gegen gesetzl. Verbot 1, 126, 565; wegen Willensmängel 1, 126, 133 f., 144; — der Ehe 2, 370 ff.; Stellung der Kinder aus solchen Ehen 2, 499 ff.; — eines Testaments 3, 163, 174.
Nichtigkeitsklage der Ehe 2, 373.
Nichtrechtsfähige Vereine vgl. Verein.
Nichtschuld, Rückforderung bei Leistung einer — 1, 594 ff.
Niederlassung, ständige, erforderlich zur Begründung des Wohnsitzes 1, 41; Ort der gewerbl. — als Leistungsort 1, 262.
Nießbrauch an Sachen 2, 221—230; insbes. am Inventar 2, 225; an verbrauchbaren Sachen 2, 230; an Inhaberpapieren 2c. 2, 235; — an Rechten 2, 231 ff.; insbes. an rechtsgeschäftlich verzinsbaren Rechten 2, 233 ff.; an einem Vermögen 2, 236 f.; Erlöschen des — durch Pfandverkauf 2, 343; Vertrag über Bestellung des — am künftigen oder am gegenwärtigen Vermögen 1, 295.
Nießbraucher als mittelbarer Besitzer 2, 6.
Notare, Abschluß von Eheverträgen vor — 2, 407, 435; bsgl. von Adoptionsverträgen 2, 527; Errichtung von Testamenten vor — 3, 161 ff.; bsgl. von Erbverträgen 3, 185; Aufnahme von Verzeichnissen 1, 162, 2, 415, 455, 3, 28, 153.
Notarielle Beurkundung der Verträge 1, 158 f.; Erfordernis bei einzelnen Rechtsgeschäften 1, 295, 412, 472, 2, 60, 236, 271, 407, 435, 502, 524, 528, 531, 3, 18 f., 57, 180, 187, 190 ff., 196, 230.
Notbedarf, Einrede des — bei Schenkung 1, 474; bei Unterhaltspflicht 2, 478.
Notdürftiger Unterhalt 2, 479
Notstand 1, 220 ff., 2, 95.
Notweg 2, 99.
Notwehr 1, 220.
Novatio 1, 341.
Nutznießung, Verwaltung und — des Ehemannes 2, 409 ff.; — des Ehemanns am eingebrachten Gute 2, 416 ff.; des Vaters am Kindesvermögen 2, 483 ff., 489; vgl. Elterliche Nutznießung.
Nutzungen 1, 110 f.; Haftung für — nach Eintritt der Rechtshängigkeit 1, 282; bei Verzug des Gläubigers des Gläubigers 1, 289; Übergang der — beim Kaufe 1, 443; Herausgabe der — als ungerechtfertigte Bereicherung 1, 597; seitens des Besitzers an den Eigentümer 2, 171 f.; seitens des Erbschaftsbesitzers 3, 51 f.; beim Erbschaftskaufe 3, 231; — eines vermachten Gegenstandes 3, 132.
Nutzungspfandrecht 2, 335.
Nutzungsrecht, Fruchterwerb kraft — 2, 138 ff.; Zusammentreffen mit Grunddienstbarkeiten 2, 216; Übergangsvorschrift für vererbliche und übertragbare — an Grundstücken 1, 96, 2, 264.

O.

Oberfläche eines Grundstücks 2, 94.
Obligationen vgl. Schuldverhältnisse.
Observanz als Rechtsquelle 1, 23
Öffentliche Behörde vgl. Behörde
Öffentliche Lasten vgl. Lasten.
Öffentliche Versteigerung, Begriff 2, 125; vgl. Versteigerung.
Öffentliche Zustellung der Willenserklärungen 1, 166, 370.
Öffentlicher Glaube des Grundbuchs 2, 57, 79 ff.; 276; des Erbscheins 3, 84 f.
Öffentliches Interesse bei Geschäftsführung gegen den Willen des Geschäftsherrn 1, 537; bei lezwilliger Auflagen 3, 139.
Öffentlichkeit des Vereinsregisters 1, 70; des Güterrechtsregisters 2, 46
Offenbarungseid, Leistung bei der Rechnungslegung 1, 257; — der Haus-

genossen des Erblassers 3, 49; des Erbschaftsbesitzers 3, 49; des Erben 3, 28, 64, 80.

Offerte vgl. Antrag.

Okkupation vgl. Aneignung.

Orden, Erwerbsbeschränkungen für Mitglieder religiöser — 1, 39.

Ordnungen der gesetzl. Erbfolge 3, 6 ff.

Ordnungsstrafen gegen Vorstand und Liquidatoren eines Vereins 1, 78; zur Erzwingung der Übernahme der Vormundschaft 2, 541; gegen den Vormund 2, 555.

Ordrepapiere, Sicherheitsleistung mit — 1, 225; Nießbrauch an — 2, 235; Verpfändung 2, 354 f.; — im Besitze eines Ehegatten 2, 404; Erwerb mit Mitteln des eingebrachten Gutes 2, 422; Hinterlegung der zu demselben gehörigen — 2, 427; Erwerb mit Mitteln des Kindes 2, 488; — des Mündels 2, 552; des Nacherben 3, 112.

Ort der Leistung vgl. Leistungsort.

P.

Pacht 1, 500—505; Verpachtung eines Grundstücks durch den Nießbraucher 2, 228; eines eingebrachten Grundstücks durch den Ehemann 2, 432; durch den Vormund 2, 553; Übergangsvorschriften für bestehende Pachtverhältnisse 3, 267, 284.

Pachtzins, Entrichtung nach Pachtjahren 1, 501; Haftung kraft Hypothek 2, 280.

Pactum reservati dominii 1, 445.

Pächter als mittelbarer Besitzer 2, 6.

Parentel, Erbfolge nach — 3, 6 ff.

Parteifähigkeit, passive, nichtrechtsfähiger Vereine 1, 82.

Patentrechte, Übertragung 1, 399.

Persönliche Eigenschaften und Verhältnisse, Irrtum darüber bei Rechtsgeschäften 2, 138; bei der Eheschließung 2, 375; — Angelegenheiten der Frau 2, 424 f., 430, 442, 446; — Dienstbarkeiten vgl. beschränkte persönliche Dienstbarkeiten.

Persönlichkeitsrechte 1, 42.

Personen, natürliche 1, 37 f; juristische 1, 48 ff.

Pertinenz vgl. Zubehör.

Pfändung, Abtretung von nicht der — unterliegenden Ansprüchen ausgeschlossen 1, 388; bsgl. Aufrechnung 1, 381; — des Anteils eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen 1, 554, 556; des Anteils bei einer Gemeinschaft 1, 560; der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes 2, 428; der elterl. Nutznießung 2, 490; des Pflichtteilsanspruchs 3, 206, 213.

Pfandbriefe, Anlegung von Mündelgeld 2, 547 ff., 3, 294.

Pfandgläubiger als mittelbarer Besitzer 2, 6; Stellung gegenüber dem Aufgebot der Nachlaßgläubiger 3, 33, 36, 76.

Pfandrecht an bewegl. Sachen 2, 321—346; Entstehung 2, 323—330; Umfang 2, 333 f.; Inhalt 2, 336 ff.; Pfandverkauf 2, 339 ff; Erlöschen 2, 346; — an indossablen und Inhaberpapieren 2, 354 f.; an registrierten Schiffen 2, 348 f.; an Geld 2, 353; — an Rechten 2, 349 ff.; — wird von der Verjährung des Anspruchs nicht berührt 1, 205; — an hinterlegtem Gelde 2c. 1, 225; Übergang bei Übertragung der Forderung 1, 393; Erlöschen bei Schuldübernahme 1, 405; Pflicht des Verkäufers zur Beseitigung von — 1, 440; Verhältnis zur Bürgschaft 1, 569, 572; —, gesetzliches, des Vermieters 1, 488 f.; des Pächters am Inventar 1, 503; des Verpächters von landwirtschaftlichen Grundstücken 1, 501 f.; des Unternehmers beim Werkvertrage 1, 527; des Gastwirtes an eingebrachten Sachen 1, 546.

Pfandverkauf 2, 339 ff.; Gewährleistung 1, 447; Verkauf einer Sache wegen Verwendungen des Besitzers nach den Vorschriften über — 2, 180.

Pflanze als wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks 1, 101.

Pflegschaft 2, 559—562; Begriff 2, 534; Bestellung für den Ehemann 2, 431; Internat. Privatrecht 3, 241; Übergangsvorschrift 3, 294.

Pflichtteil 3, 203—229; Berechnung 3, 210; Entziehung oder Beschränkung 3, 221 ff.; Ergänzung 3, 225 ff.; Vertrag über den — eines noch lebenden Dritten 1, 295; Annahme und Ausschlagung durch die Ehefrau 2, 426, 442; Verfügung über den — des Mündels 2, 553; Wirkungen des Rechts zur Entziehung des — bei Unterhaltspflicht 2, 479; Aussteuerpflicht 2, 481; Erbvertrag 3, 192.

Pflichtteilsanspruch, Entstehung 3, 203f.; Verjährung, Vererblichkeit, Übertragbarkeit 3, 206; Geltendmachung gegen den Testamentsvollstrecker 3, 157; Kürzung des Vermächtnisses wegen eines — 3, 129.

Pflichtteilsberechtigte 3, 204; Übergehung in letztwilligen Verfügungen 3, 90, 182; im Erbvertrage 3, 186; Erbunwürdigkeit des — 3, 203; Enterbung des — in guter Absicht, 3, 181, 189, 224f.

Pflichtteilsrecht bei der Kindesannahme 2, 530; als Nachlaßverbindlichkeit 3, 24; beim Aufgebot der Nachlaßgläubiger 3, 33ff.; Berichtigung der Verbindlichkeiten aus dem — bei unzulänglichem Nachlasse 3, 44; Testierfreiheit gewisser ritterschaftlicher Familien gegenüber dem — 3, 296.

Pflichtwidriges Verhalten des Vormunds 2, 536, 555f.; des Testamentsvollstreckers 3, 147, 160.

Politische Vereine 1, 72.

Polizei, Tätigkeit bez. gefundener Sachen 2, 154ff.

Praesumptio Muciana 1, 489, 2, 403, 432, 3, 245. Vgl. Vermutung.

Preisbewerbung 1, 532.

Preisgabe unbewegl. Sachen bei Annahmeverzug 1, 289; — eines Grundstücks zum Zwecke des Verzichts auf das Eigentum 2, 107.

Prioritätsvorbehalt 2, 69ff.

Prioritätszession 2, 67ff.

Privatpfändung, landesrechtliche 1, 224.

Probatio diabolica 2, 184.

Probe, Kauf nach und auf — 1, 463.

Protokoll über die Testamentserrichtung 3, 164f.; — zum BGB. 1, 10, 29.

Prozeßzinsen 1, 282.

Publizitätsprinzip bei Pfandrechten 2, 250.

Punktationen 1, 170.

Q.

Qualifizierte Legitimationspapiere 1, 592f.

Quarantänetestament 3, 168.

Quittung 1, 342, 347ff.; als Erlaß 1, 384.

R.

Räume, Sorge für die bei einer Dienstverrichtung erforderlichen — 1, 515. Gesundheitsgefährliche — bei der Miete 1, 485; Besitzschutz 2, 334.

Rang der im Grundbuch eingetragenen Rechte 2, 66—72; — der Pfandrechte 2, 332; desgl. an Schiffen 2, 349; Übergangsvorschriften 3, 289.

Rangvorbehalt 2, 67, 69.

Rat, Haftung für einen erteilten — 1, 533.

Reallast 2, 243—248; — an einem vermachten Grundstück 3, 138; Landesrechtl. Beschränkungen 2, 244.

Realobligationen s. Schuldverhältnisse, dingliche.

Rechenschaft, Inhalt der Verpflichtung zur — über eine Verwaltung 1, 256; Rechenschaftspflicht des geschäftsführenden Gesellschafters 1, 551; des Beauftragten 1, 534; beim Nutzungspfandrecht 2, 335; des Mannes bez. des eingebr. Gutes 2, 415, 431, 457; des Vaters 2, 492, 494.

Rechnungsabschluß bei der Gesellschaft 1, 553.

Rechnungslegung des Vormunds 2, 555, 558; des Testamentsvollstreckers 3, 153.

Rechte, Ausübung 1, 216ff.; Prozessuale Geltendmachung 1, 226ff.; Kollision der — 1, 218; Unverjährbarkeit 1, 219; mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbundene — als Bestandteile 1, 95f., 105; Verkauf eines — 1, 436; — an Grundstücken im allgemeinen 2, 55ff., 3, 289; Nießbrauch an — 2, 231ff., desgl. Pfandrecht 2, 349—355; — an Grundstücken bei Fahrnisgemeinschaft 2, 459; zum Nachlasse gehörende — 3, 110ff.; Vermächtnis eines — 3, 130ff.; Übergangsvorschrift betr. — an Sachen und Rechten 3, 289.

Rechtsfähige Vereine vgl. Vereine.

Rechtsfähigkeit, Begriff 1, 37; — der Vereine 1, 50ff., 68ff., 3, 242; der Stiftungen 1, 91.

Rechtsgesamtheit 1, 95.

Rechtsgeschäfte, Begriff 1, 116. Arten 1, 122ff.; Mangelhafte — 1, 124ff. Verstoß gegen gesetzl. Verbot 1, 126. 565; gegen die guten Sitten 1, 126. 243, 437; Fiduziarische — 1, 136; Vernahme von — mit sich selbst 1, 182;

bedingte — 1, 171 ff.; befristete — 1, 176; — zwischen Verein und Mitgliedern 1, 56; — der Frau 2, 423, 426; gegenüber einem ausschlagenden Erben 3, 21 f.; auf die Erbschaft bezügliche — 3, 50, 56, 110, 230 f.; internat. Privatrecht 3, 254. Vgl. Einseitige Rechtsgeschäfte.

Rechtsgrund, Herausgabepflicht wegen fehlenden — 1, 594 ff.

Rechtshängigkeit, Haftung nach der — bei Ansprüchen auf Herausgabe einer bestimmten Sache 1, 283; Prozeßzinsen 1, 282; Haftung nach der — aus ungerechtfertigter Bereicherung 1, 597; beim Eigentumsanspruch 2, 172; — des Unterhaltsanspruchs 2, 480.

Rechtshandlung, Begriff 1, 116.

Rechtsmängel vgl. Gewährleistung.

Rechtspflege, Verzögerung der Verjährung durch Stillstand der — 2, 207.

Rechtsstreit zwischen Verein und Mitgliedern 1, 56; betr. eingebrachtes Gut 2, 419 f., 424; Gesamtgut 2, 439, 442, 445.

Rechtssubjekt 1, 37.

Rechtsverfolgung im Prozeß 1, 227 ff.

Rechtsverletzung, Schadensersatzpflicht 1, 600 ff.

Rechtsvermutung 1, 228

Rechtsverwirkung Vorbehalt der — 1, 329, 338, 2, 342.

Regalien 1, 18, 2, 204.

Reich, Deutsches, Aufrechnung gegen Forderungen des — 1, 381.

Reichsbeamte, Erlaubnis zur Eheschließung 2, 365, 371

Reichsgesetze, Verhältnis zum BGB. 1, 14 ff.

Reichskanzler, Anordnung des Vergeltungsrechtes 1, 39, 3, 261; Zuständigkeit für Bestimmung des Standesbeamten 2, 368; für Befreiung von Ehehinderniffen 2, 361; für die Ehelichkeitserklärung 2, 522; bei Adoption 2, 526.

Reichsrecht, Verhältnis zum BGB. 1, 14 ff.; zum Gewohnheitsrecht 1, 22; zu autonomen Satzungen und Hausverfassungen 1, 20.

Reichsschuldbuch vgl. Buchforderungen.

Reichsstände, Autonomie 1, 20.

Rei vindicatio 2, 159 ff.

Religiöse Erziehung der Kinder 2, 485; des Mündels 2, 546.

Religiöse Vereine 1, 73.

Religion des Dienstverpflichteten 1, 515; des Vormunds 2, 546.

Religionsgesellschaften, Erwerb der Rechtsfähigkeit 1, 73.

Religiose, Erwerbsbeschränkungen 1, 39.

Renten vgl. Geldrente.

Renten-Grundschuld 2, 320 f.; Pflicht des Verkäufers zur Beseitigung 1, 440; Rangänderung 2, 67; Nießbrauch an einer — 2, 232; Anlegung von Mündelgeld in — 2, 547 ff.; Verfügung des Vormundes über — 2, 553; — bei der Fahrnisgemeinschaft 2, 459; — an einem vermachten Grundstück 3, 134.

Rentengüter 1, 18.

Rentenscheine, Kraftloserklärung 1, 590; Vorlegungsfrist 1, 591; Besitz der — beim Nießbrauch 2, 235; beim Pfandrecht 2, 355; — von Mündelpapieren 2, 552.

Rentenschuldbrief, Eigentum daran 2, 269.

Repräsentationsrecht der Verwandten bei gesetzlicher Erbfolge 3, 7, 11.

Resolutivbedingung vgl. Auflösende Bedingung.

Retorsion 1, 39, 3, 261.

Reugeld, Draufgabe ist nicht — 1, 322 f.; Rücktritt gegen Zahlung eines — 1, 339.

Revenüenhypothek 2, 265.

Richter, Ermäßigung der Vertragsstrafe 1, 324, 335, 337; des Mäklerlohnes 1, 530; Verletzung der Amtspflicht 1, 610; Errichtung eines Testaments vor dem — 3, 161 ff.; desgl. eines Erbvertrags 3, 185.

Rückforderung vgl. Bereicherung.

Rückgriff des Bürgen gegen den Hauptschuldner 1, 471.

Rücknahme der hinterlegten Sache 1, 354 ff.; eines Testaments 3, 169; eines gemeinschaftlichen Testaments 3, 181.

Rücktritt 1, 337 ff.; — von der Stiftung 1, 91; — wegen teilweiser Unmöglichkeit der Leistung 1, 278, 308; bei Verzug des Schuldners 1, 282, 309; bei gegenseitigen Verträgen 1, 306 ff., 311 f.; — des Bestellers vom Werkvertrage 1, 521; — vom Verlöbnis 2, 359; vom Erbvertrage 3, 192 f.

Rückverweisung ausländischer Gesetze 3, 256 f.
Rückwirkende Kraft der Gesetze 3, 265 f.
Rückwirkung der Bedingung 1, 178; der Genehmigung 1, 119, 193, 401; der Aufrechnung 1, 377 f.
Rückziehung bei Bedingungen 1, 173 ff.
Ruhen der elterlichen Gewalt 2, 493.

S.

Sache Begriff 1, 93; Gesamtsache 1, 94; bewegliche und unbewegliche — 1, 95 ff.; vertretbare — 1, 97; verbrauchbare — 1, 98; Herrenlose — 2, 149; Pflicht zur Vorlegung von — 1, 593 f.; Nießbrauch an — 2, 221 ff.
Sachinbegriff 1, 94.
Sachenrecht, Übergangsvorschriften 3, 289 f.
Samen als wesentlicher Bestandteil 1, 101.
Sammlung, Pflegschaft für ein durch eine — zusammengebrachtes Vermögen 2, 560.
Satzung eines Vereins 1, 70 f.; einer Stiftung 1, 91.
Schadensersatz 1, 245—257; Verpflichtung zum — bei Anfechtung von Willenserklärungen 1 132, 134, 144, 196; bei Vertretung ohne Vertretungsmacht 1, 190 f.; bei Unmöglichkeit der Leistung 1, 278 f.; bei Verletzung von immateriellen Gütern 1, 251 f., 611; bei rechtskräftiger Verurteilung zur Leistung 1, 278; bei Verzug des Schuldners 1, 281 f.; bei Nichterfüllung gegenseitiger Verträge 1, 306 f.; bei Mängeln der verkauften Sache 1, 441, 447 f.; der vermieteten Sache 1, 483; beim Werkvertrage 1, 521; beim Verwahrungsvertrage 1, 540; bei unerlaubten Handlungen 1, 611 f.; beim Rücktritt vom Verlöbnis 2, 359; Verhältnis zur Draufgabe 1, 323; zur Vertragsstrafe 1, 231 f.
Schätzung behufs Berechnung des Pflichtteils 3, 211.
Schätzungswert als Wiederkaufspreis 1, 464, 466; Übernahme des Pachtinventars zum — 1, 502.
Schatz, Eigentumserwerb 2, 158.
Scheidung der Ehe vgl. Ehescheidung.
Scheingeschäft 1, 134; Einrede gegen eine abgetretene Forderung 1, 395 f.
Schenkung 1, 469—481; — von Todes wegen 3, 194; Rückforderungsrecht beim Rücktritt vom Verlöbnis 2, 360; Widerruf nach der Ehescheidung 2, 396; Ablehnung durch die Frau 2, 426, 442; — aus dem Gesamtgut 2, 441; bei Errungenschaftsgemeinschaft 2, 454; Fahrnisgemeinschaft 2, 459; Ausstattung als — 2, 482; — aus dem Kindesvermögen 2, 487; aus dem Mündelvermögen 2, 546; — durch den Vorerben 3, 113, 117; — zum Nachteil eines Vertragserben 3, 188; bzgl. des Pflichtteilsberechtigten 3, 225 ff.; — einer Erbschaft 3, 232; — an Religiose 1, 39. Vgl. Unentgeltliche Zuwendung.
Scherz, Willenserklärung zum — 1, 134.
Schickschulden 1, 262.
Schiffe, Verpfändung von — 2, 348 f.
Schiffsregister 2, 348.
Schiffsuntergang, Todeserklärung eines bei einem — Verschollenen 1, 45.
Schlüsselgewalt der Ehefrau 2, 400.
Schreibensunkundige, Testamentserrichtung 3, 165.
Schriftliche Form, Erfordernisse 1, 156; — des Stiftungsgeschäftes 1, 90; der Abtretung der Hypothekenforderung 2, 270 f.
Schuldanerkenntnis 1, 384. 577.
Schuldiger Teil bei der Ehescheidung 2, 392.
Schuldner, Wahlrecht bei Wahlschulden 1, 259; Verzug des — 1, 280 f.; Wechsel des — 1, 399 ff.; Mehrheit von — 1, 419 ff.
Schuldschein, Rückgabe des — bei Erfüllung 1, 348; Eigentum am — 2, 269.
Schuldübernahme 1, 399—415; Versprechen der Befriedigung des Gläubigers ohne — 1, 317, 400.
Schuldverhältnisse 1, 229 ff.; Gegenstand 1, 229; Art, Ort und Zeit der Leistung 1, 261 ff.; Bestimmung des Leistungsgegenstandes oder -inhalts durch Dritte 1, 297; — aus Verträgen 1, 291 ff.; insbesondere aus gegenseitigen Verträgen 1, 298 ff.; aus unerlaubten Handlungen 1, 598 ff.; Erlöschen 1, 341 ff.; internationales Privatrecht 3, 242; Übergangsvorschriften 3, 281 ff.
Schuldvermächtnis 3, 137.
Schuldverschreibung auf den Inhaber 1, 587—593; kein Kündigungsrecht wegen Höhe der Zinsen 1, 244.

Hypothek für die Forderung aus einer — 2, 316 f.; dsgl. Schiffspfandrecht 2, 348; mündelsichere — 2, 547 ff.; Übergangsvorschriften 3, 287 f.; Vorbehalte für die Landesgesetzgebung 1, 588, 591.

Schuldversprechen 1, 575 f.

Schutzeintragungen im Grundbuche 2, 72—78.

Schwägerschaft 2, 462; als Ehehindernis 2, 363, 371, 373; — infolge der Ehelichkeitserklärung 2, 524; der Adoption 2, 531.

Schwangerschaft, Ersatz von Aufwendungen während der — durch den unehelichen Vater 2, 517; Unterhalt der Mutter eines zu erwartenden Erben während der — 3, 22; Aussetzung der Erbteilung während der — 3, 60.

Schwebezustand bei Stellvertretung ohne Einwilligung 1, 189; Bedingung 1, 173.

Seetestament 3, 168.

Seeverschollenheit 1, 45.

Seitenverwandte, Erbverzicht eines — 3, 12, 196.

Selbsthilfe 1, 218 ff.; — des Besitzers gegen verbotene Eigenmacht 2, 29 ff.; des Vermieters zum Schutze seines Pfandrechts 1, 490. S. a. 3, 283.

Selbstschuldner, Verbürgung als — 1, 570.

Selbstverteidigung 1, 218 ff.

Sicherheitsleistung 1, 224 ff.; — nach Vollendung der Verjährung 1, 204, 212, 231; — beim Nießbrauch 2, 226; — durch den Ehemann 2, 427; den Vater 2, 492; den unehelichen Vater vor der Geburt des Kindes 2, 518 f.; den Vormund 2, 541, 557; den Vorerben 3, 110.

Sicherung des Beweises beim Kaufe 1, 456 f.; des Nachlasses 3, 22.

Sicherungshypothek 2, 315 ff.; Begriff 2, 260; — für Bauhandwerker 1, 527; — für Forderungen aus Inhaber- und Ordrepapieren 2, 316; Umwandlung in eine Verkehrshypothek 2, 254; Entstehung einer — bei Einziehung einer Forderung auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück 2, 93 f., 353; — an einem vermachten Grundstück 3, 135.

Sicht auf — zahlbare unverzinsliche Schuldverschreibungen 1, 590.

Siegelung des Nachlasses 3, 22; des Testaments 3, 165.

Simulation 1, 133 f.

Singularsukzession vgl. Einzelrechtsnachfolge.

Sitte, Ausschluß der Anwendung ausländischer Gesetze bei Verstoß gegen die gute — 3, 260; dsgl. Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte 1, 126, 243, 437; Schadensersatz wegen Handelns gegen die guten — 1, 605.

Sittliche Pflicht, Erfüllung durch Schenkung 1, 232, 480, 596, 2, 441, 487, 546, 3, 113, 150, 225.

Sittliches Verschulden des Unterhaltsberechtigten 2, 479.

Sittlichkeit, Schutzvorschriften für Dienstverpflichtete 1, 515; Schadensersatz bei Verbrechen usw. gegen die — 1, 611.

Sitz eines Vereins 1, 55; einer Stiftung 1, 90.

Solidarschulden 1, 416.

Sondereigentum an Bestandteilen einer Sache 1, 99 f.; an stehenden Erzeugnissen eines Grundstückes 1, 101.

Sondergut bei allgemeiner Gütergemeinschaft 2, 438.

Sonderrechte von Vereinsmitgliedern 1, 56, 62.

Sondervermögen 1, 95.

Sonntag, Einfluß auf den Fristlauf 1, 202.

Sorge der Eltern für die Person des Kindes 2, 484, 492, 498; dsgl. der unehelichen Mutter 2, 525, 531; für das Vermögen des Kindes 2, 484; für die Person des Mündels 2, 543, 545; Übergangsvorschrift 3, 294.

Sorgfalt, Haftung für die im Verkehr erforderliche — 1, 195; für — wie in eigenen Angelegenheiten 1, 195, 3, 282; Haftung für — bei der Verwahrung 1, 539; Gesellschaft 1, 550; Haftung für Verletzung besonderer Sorgfaltspflichten 1, 606 f.; für — bei elterlicher Gewalt 2, 492.

Sozialpolitische Vereine 1, 72.

Sparkassen, Zinseszinsen 1, 244; Anlegung von Mündelgeld 2, 547 ff.

Sparkassenbücher 1, 593, 3, 288.

Spediteur, Tragung der Gefahr nach Auslieferung an den — 1, 443.

Spezialitätsprinzip bei Pfandrechten 2, 250.

Spezieskauf, Gewährleistung wegen Sachmängel 1, 445 ff.

Spezifikation vgl. Verarbeitung.

Spiel 1, 232, 563—566.

Sprechen, Testamentserrichtung bei Verhinderung am — 3, 165.

Staat, Verleihung der Rechtsfähigkeit an Stiftungen 1, 90; Ehelichkeitserklärung 2, 522; Genehmigung zur Ausgabe von Schuldverschreibungen 1, 587; Haftung für Verletzung der Amtspflicht 1, 610.

Staatsangehörigkeit, Einfluß auf die rechtliche Stellung 1, 38.

Staatsschuldbuch vgl. Buchforderungen.

Stämme, Erbfolge nach — 3, 7.

Stammgüter 2, 204, 471.

Stand der Frau 2, 399; der unehelichen Mutter 2, 504.

Standesamt, Eheschließung vor dem — 2, 366 ff.

Standesbeamter, Mitwirkung bei der Eheschließung 2, 366 ff.

Standesmäßiger Unterhalt, Gefährdung durch Schenkung 1, 474, 479.

Stellvertretung 1, 177—183; — auf Grund von Vollmacht 1, 183—188; ohne Einwilligung 1, 189 ff. Vgl. Vertretung.

Stiftung 1, 90—93; — als juristische Person 1, 48; Anfallrecht bez. des Vermögens eines Vereins 1, 67; Haftung für unerlaubte Handlungen ihrer Vertreter 1, 59, 3, 273; Errichtung durch Verfügung von Todes wegen 3, 3, 60; gesetzliches Erbrecht 3, 16; Aussetzung der Erbteilung bis zur Genehmigung 3, 60; Übergangsvorschriften 3, 273, 278.

Stillschweigende Verlängerung der Miete 1, 492; des Dienstvertrages 1, 516; — Vereinbarung einer Vergütung bei Dienstvertrag 1, 514; Werkvertrag 1, 518; Mäklervertrag 1, 529; Verwahrung 1, 539.

Stillstand der Rechtspflege, Verzögerung der Verjährung durch — 1, 207.

Stimmeneinheit bei Änderung des Zweckes eines Vereins 1, 57; bei der Gesellschaft 1, 550.

Stimmenmehrheit bei Beschlüssen der Mitgliederversammlung 1, 56 f.; der Gesellschafter 1, 550; der Teilhaber einer Gemeinschaft 1, 559; der Miterben 3, 56.

Stockwerk, Eigentum an einem — 2, 203; kein Erbbaurecht daran 2, 209.

Störung des Besitzes 2, 41 ff.; des Eigentums 2, 180 ff.

Stoff, Lieferung des — durch den Besteller des Werkes 1, 525; durch den Unternehmer 1, 527 f.; Eigentumserwerb durch Verarbeitung 2, 133.

Strafbare Handlung, Haftung des Besitzers bei Erlangung des Besitzes durch — 2, 173; dsgl. des Erbschaftsbesitzers 3, 53; Erbunwürdigkeit 3, 199; Entziehung des Pflichtteils wegen — 3, 222; dsgl. der elterlichen Gewalt 2, 493.

Stumme, Pflegschaft für — 2, 559; Testamentserrichtung 3, 165.

Stundung, Verzögerung der Verjährung durch — 1, 207; — des Kaufpreises 1, 444.

Surrogation bei Unmöglichkeit der Leistung 1, 278, 305; Vorbehaltsgut 2, 411, 438; eingebrachtem Gute 2, 422 f.; bei Errungenschaftsgemeinschaft 2, 455; Fahrnisgemeinschaft 2, 460; Kindesvermögen 2, 489; bei der Vorerbschaft 3, 110; Erbschaft 3, 47, 50, 56; beim Erbschaftskaufe 3, 230.

Suspensivbedingung vgl. Aufschiebende Bedingung.

T.

Tabularersitzung 2, 92.

Tabularverjährung 2, 93.

Täter, Haftung mehrerer — aus einer unerlaubten Handlung 1, 610.

Täuschung, arglistige, bei Willenserklärungen 1, 148 ff.; bei der Annahme und Ausschlagung der Erbschaft 3, 19; bei der Eheschließung 2, 377; Erbunwürdigkeit wegen — 3, 200.

Talon vgl. Erneuerungsschein.

Tarif vgl. Taxe.

Taube, Pflegschaft für — 2, 559.

Tauben, Aneignungsrecht an — 2, 153.

Taubstumme, Haftung für unerlaubte Handlungen 1, 606.

Tausch 1, 436, 468.

Taxe, Vergütung nach — beim Dienstvertrag 1, 514; Werkvertrag 1, 518. Vgl. Schätzung.

Teilbare Leistung, Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern 1, 418 ff.

Teilbesitz 2, 334.

Teile, Übernahme des Werkes in — 1, 525; kein Erbbaurecht an — eines Gebäudes 2, 209; Hypothek an — eines Grundstückes 2, 264; Wohnungsrecht an — eines Gebäudes 2, 241; Annahme und Ausschlagung von — der Erbschaft 3, 19.

Teilhypothekenbrief 2, 273.

Teilleistung 1, 261, 279, 311, 347, 525.

Teilung des Gesellschaftsvermögens 1, 552 f., 556 f.; des gemeinschaftlichen Gegenstandes 1, 561; der Grundstücke bei Grunddienstbarkeiten 2, 219; bei der Reallast 2, 247; — unter Miterben 3, 60 f.; Haftung der Miterben vor der — 3, 72 ff.; nach der — 3, 74 ff.

Teilweise Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts 1, 125, 150; — Unmöglichkeit der Leistung 1, 278, 304 ff.; — Leistung bei gegenseitigen Verträgen 1, 299; — Befriedigung des Hypothekengläubigers 2, 273.

Telegraphische Übermittelung von Willenserklärungen 1, 158, 165.

Termin 1, 176; — zur Testamentseröffnung 3, 170.

Territorialgesetzgebung vgl. Landesgesetzgebung.

Testament 3, 86 ff.; Errichtung 3, 161—168; Aufhebung 3, 168 ff., 89 ff.; Widerruf 3, 168 ff.; Eröffnung 3, 170 f.; Erbeinsetzung durch — 3, 3; Gemeinschaftliches — 3, 171—182; Übergangsvorschriften 3, 268.

Testamentsvollstrecker 3, 141 bis 160; Ernennung 3, 145 f.; Stellung 3, 147 ff.; Amtsbeendigung 3, 160; Mehrere — 3, 159; Zeugnis für den — 3, 85; Ernennung eines — für einen Abkömmling in guter Absicht 3, 224.

Testamentszeugen 3, 163 ff.

Testierfähigkeit 3, 161, 268, 296.

Theaterbillet 1, 592.

Tiere, Haftung für — 1, 607; Aneignung 2, 149 ff.

Tierhalter Haftung für durch das Tier angerichteten Schaden 1, 607.

Tochter, Verheiratung vor erreichter Volljährigkeit 2, 485; Aussteuer 2, 481

Tod des Menschen, Einfluß auf die Rechtsfähigkeit 1, 44; Zeitpunkt des — bei der Todeserklärung 1, 45 f.; bei gemeinsam Umgekommenen 1, 47; — des Stifters vor Genehmigung der Stiftung 1, 91; des Erklärenden nach Abgabe der Willenserklärung 1, 165; des Antragenden vor der Annahme der Willenserklärung 1, 169; — des Mieters 1, 491; Pächters 1, 504; Gesellschafters 1, 556; Auftraggebers oder Beauftragten 1, 535; Schenkers 1, 480; Ausstellers von Schuldverschreibungen 1, 589; Teilhabers an der Gemeinschaft 1, 561; des Besitzers 2, 22; Nießbrauchers 2, 228; — eines Verlobten 2, 360; eines nicht anfechtungsberechtigten Ehegatten 2, 380; der Frau bei gesetzlichem Güterrecht 2, 432; eines Ehegatten bei Gütergemeinschaft 2, 447, 449; eines Beteiligten bei fortgesetzter Gütergemeinschaft 2, 451; des ehelichen Kindes 2, 494; des unehelichen Vaters oder Kindes 2, 506; des Vaters oder Kindes vor der Ehelichkeitserklärung 2, 524; des zum Unterhalte Berechtigten oder Verpflichteten 2, 480; — als Voraussetzung des Erbfalls 3, 1, 3; dsgl. des Nacherbfalles 3, 101 f.; — des Vertragsgegners beim Erbvertrage 3, 190; des Erben vor Ablauf der Ausschlagungsfrist 3, 19; — des Testamentsvollstreckers 3, 160; des Vermächtnisnehmers vor dem Eintritt der Bedingung 3, 128.

Todeserklärung 1, 44—47; Wiederverheiratung des anderen Ehegatten 2, 383 f.; — des Mannes bei gesetzl. Güterrecht 2, 431; bei Errungenschaftsgemeinschaft 2, 457; des überlebenden Ehegatten bei fortgesetzter Gütergemeinschaft 2, 452; des Vaters 2, 494; Herausgabe des Erbscheins bei unrichtiger — 3, 85; dsgl. der Erbschaft 3, 54; — eines Ausländers 3, 241; Übergangsvorschrift 3, 268, 271.

Todesvermutung bei gemeinschaftl. Umkommen 1, 47.

Tötung, Widerruf der Schenkung wegen — des Schenkers 1, 480; Ersatzpflicht bei — durch unerlaubte Handlung 1, 611 f.; Erbunwürdigkeit wegen — des Erblassers 3, 199.

Tote Hand, Einschränkung der Erwerbsfähigkeit 1, 39, 48.

Totgeburt, Ansprüche der unehelichen Mutter 2, 517.

Transportgefahr beim Kaufe 1, 443; beim Werkvertrag 1, 525.

Trennung, Eigentumserwerb an Erzeugnissen 2c. durch — 2, 136 ff.

Treu und Glauben bei Auslegung der Verträge 1, 171; bei Leistung der Schuldverhältnisse 1, 236; bei der Ein-

rede des nicht erfüllten Vertrages 1, 344; Handeln des bedingt Verpflichteten wider — 1, 175; Verhinderung des Eintritts des Erfolges wider — 1, 596.

Treuhänder 2, 317, 329.

Trunkenheit bei unerlaubten Handlungen 1, 605.

Trunksucht als Grund der Entmündigung 1, 40; beschränkte Geschäftsfähigkeit 1, 118; Unfähigkeit zum Vormund 2, 540; Errichtung eines Testaments 3, 161; dsgl. Widerruf 3, 168.

U.

Überbau 2, 98.

Übereignung, Form des Vertrages auf — von Grundstücken 1, 295 f., 467.

Überfallsrecht 2, 97 f.

Übergabe der verkauften Sache 1, 436, 442; — erforderlich zum Eigentumserwerb an Fahrnis 3, 108 ff.; zur Bestellung des Nießbrauchs 3, 222; des Pfandrechts 2, 324; des Hypothekenbriefes 2, 268.

Übergangsvorschriften im Einführungsgesetz zum BGB. 3, 265 ff.

Überhangsrecht 2, 97.

Überleben, Voraussetzung der Erbfähigkeit 3, 3; der Wirksamkeit eines Vermächtnisses 3, 127.

Übermittelung, unrichtige, einer Willenserklärung 1, 139.

Übernahme eines Vermögens 1, 400, 410, 412 f.; des Gesamtguts bei der allgemeinen Gütergemeinschaft 2, 448; Verpflichtung zur — der Vormundschaft 2, 541.

Überschuldung eines Vereins 1, 64; des Gesamtguts 2, 447; des Nachlasses 3, 42; Enterbung eines Abkömmlings in guter Absicht wegen — desselben 3, 224 f.

Überschuß bei Auseinandersetzung der Gesellschafter 1, 557; bei allgemeiner Gütergemeinschaft 2, 448; unter Miterben 3, 61; Pflicht des Erben zur Herausgabe 3, 30, 33 ff.

Übersendung, Kosten der — geschuldeten Geldes 1, 262.

Übertragung der gegenseitigen Ansprüche der Gesellschafter 1, 80; einer Forderung 1, 385—399; eines anderen Rechtes 1, 399; der Forderung durch einen Gesamtgläubiger 1, 417, 427; Vertrag betr. — des Eigentums an einem Grundstück 1, 295 f., 467; — des Vorkaufsrechtes 1, 468; des Anspruchs auf Leistung von Diensten 1, 510; der Ausführung des Auftrags 1, 534; der Anweisung 1, 586; — des Eigentums an einem Grundstücke 2, 58 f., 99; an bewegl. Sachen 2, 107—127; des mittelbaren Besitzes 2, 19, 25; einer beschränkten persönl. Dienstbarkeit 2, 240; des Nießbrauchs 2, 226 f.; einer Hypothek 2, 270—278; des Pfandrechts 2, 346; — der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes 2, 428; des Anspruchs auf Aussteuer 2, 482; der Vermögensverwaltung auf den Beistand der Mutter 2, 498; der elterl. Nutznießung 2, 490; eines Erbteils 3, 57 f.; des Pflichtteilsanspruchs 3, 206, 213.

Überweisung einer Forderung 1, 386, 392.

Ultimathypothek 2, 261.

Umbildung, Ausschluß des Rücktrittsrechts durch — 1, 340, 452; Eigentumserwerb durch — 2, 133; — des Vermächtnisgegenstandes 3, 135.

Umrechnung ausländischer Währung 1, 242.

Umschreibung von Schuldverschreibungen auf den Namen 1, 591; insbesondere von Papieren des Mündels 2, 552. S. a. 3, 287.

Umwandlung einer Stiftung 1, 92; einer Geldschuld in ein Darlehen 1, 507; einer Sicherungshypothek in eine Verkehrshypothek, einer solchen in eine Grundschuld, der letzteren in eine Rentenschuld 2, 254, 320 f.

Unbekannte, Pflegschaft für — Beteiligte 2, 560. Vgl. Aufgebotsverfahren.

Unbeschränkte Haftung der Erben vgl. Haftung.

Unbestimmte Leistungszeit, Verzug des Gläubigers 1, 287.

Unbestimmtheit der Erben 3, 22, 60, 101; des Vermächtnisnehmers 3, 128.

Unbewegliche Sachen, Begriff 1, 95.

Unbewegliches Vermögen bei der Fahrnisgemeinschaft 2, 459.

Undank, Widerruf der Schenkung wegen — 1, 480.

Uneheliche Kinder 2, 499—532; Name 2, 502; Wohnsitz 1, 41; Legitimation durch nachfolgende Ehe 2, 521 f.;

durch Ehelichkeitserklärung 2, 522 ff.; Verwandtschaftsverhältnisse 2, 463, 511; gesetzliches Erbrecht 3, 5; internationales Privatrecht 3, 247; Übergangsvorschriften 3, 294.

Uneheliche Mutter vgl. Mutter.

Unentgeltliche Zuwendung mit Auflage einer Leistung an einen Dritten 1, 317; — Zuwendung einer ungerechtfertigten Bereicherung an einen Dritten 1, 598; — Verfügung des Vorerben 3, 112 f.; 117; des Testamentsvollstreckers 3, 150.

Unentgeltlichkeit, Erfordernis der Schenkung 1, 469; des Auftrags 1, 533; — der Führung der Vormundschaft 2, 555.

Unerlaubte Handlungen 1, 598 bis 612; Ausschluß des Zurückbehaltungsrechtes bei Erlangung durch vorsätzlich begangene — 1, 265; dsgl. der Aufrechnung der Forderungen aus solchen 1, 380; Erlangung des Besitzes durch — beim Eigentumsanspruch 2, 173; beim Erbschaftsanspruch 3, 53.

Unfähigkeit zur Vormundschaft 2, 540.

Ungerechtfertigte Bereicherung vgl. Bereicherung.

Ungewißheit, Hinterlegung bei — des Gläubigers 1, 353; Vergleich bei — von Rechten 1, 574; Pflegschaft bei — der Beteiligten 2, 560; Ungewisse Rechte und Verbindlichkeiten bei Berechnung des Pflichtteils 3, 211.

Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, der Ehe vgl. Anfechtbarkeit, Nichtigkeit.

Universalsukzession vgl. Gesamtrechtsnachfolge.

Universitas facti 1, 94; — juris 1, 95.

Unmögliche Leistung, Vertrag über eine — 1, 292 ff.; Vermächtnis einer — 3, 130.

Unmöglichkeit der Leistung 1, 267 bis 279; — bei Wahlschulden 1, 259 f.; Einfluß auf den Verzug 1, 280; Eintritt während des Verzugs 1, 282; — bei Gesamtschuldverhältnissen 1, 420; bei gegenseitigen Verträgen 1, 303 ff.; Rückforderung wegen — des bezweckten Erfolges 1, 596; — der Erzeugung des Kindes aus der Beiwohnung 2, 464; der Vollziehung einer letztwilligen Auflage 3, 140; eines Vermächtnisses 3, 130.

Unmündigkeit vgl. Minderjährigkeit.

Unpfändbare Forderungen, Ausschluß der Übertragung 1, 386 f.; der Aufrechnung 1, 381; — Ausschluß von — Sachen vom Pfandrechte des Vermieters 1, 489; des Verpächters 1, 501.

Unsichere Rechte bei Berechnung des Pflichtteils 3, 130.

Unsittliches Verhalten als Grund der Ehescheidung 2, 386, 389 ff.; des Einschreitens gegen den Vater 2, 492; der Pflichtteilsentziehung 3, 222.

Untauglichkeit zur Vormundschaft 2, 541.

Unteilbarkeit der Leistung bei Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern 1, 429 ff.

Unterbrechung der Verjährung 1, 209; bei Mängelansprüchen 1, 449, 455, 459; der Ersitzung 2, 129, 140.

Unterbringung von Mündeln in Erziehungsanstalten 2c. 2, 545, 555; Landesrechtliche Vorschriften 2, 538.

Untergang des Gebäudes beim Erbbaurecht 2, 210.

Unterhalt, Rücksicht auf standesgemäßen — des Schenkers 1, 474; des Schädigers bei Schadensersatzpflicht ohne Verschulden 1, 606; Gewährung von — zwischen Eltern und Abkömmlingen 1, 537; — von Familienangehörigen des Erblassers 3, 4; der Mutter des noch nicht geborenen Erben 3, 22.

Unterhaltspflicht, Verhältnis zur Verpflichtung des Schenkers 1, 479; Erfüllung durch Geschäftsführer ohne Auftrag 1, 537; Verhältnis zur Schadensersatzpflicht wegen Tötung des Unterhaltspflichtigen 1, 611; — der Ehegatten 2, 398 f.; insbesondere bei Nichtigkeit der Ehe 2, 382; nach der Ehescheidung 2, 395; dsgl. gegenüber den Kindern 2, 396; Verletzung der — als Grund zur Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung 2, 431; der allgemeinen Gütergemeinschaft 2, 447; Verletzung der — als Grund zur Entziehung der Verwaltung des Kindesvermögens 2, 492, 495; — des Vaters gegen Kinder aus nichtiger Ehe 2, 501; des unehelichen Vaters 2, 504, 3, 247, 294; des Vaters nach der Ehelichkeitserklärung des Kindes 2, 525; bei Adoption 2, 531; — der Verwandten 2, 476 ff.; Rücktritt vom Erbvertrage wegen Aufhebung einer rechtsgeschäftlichen — des Bedachten 3, 192; Verletzung der — als Grund der Entziehung des Pflichtteils 3, 222.

Untermiete 1, 486.

Unterpacht 1, 486, 504.

Unterzeichnung von Urkunden über Rechtsgeschäfte 1, 156; von Schuldverschreibungen auf den Inhaber 1, 587 f.

Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft eines Vereins 1, 61; — eines Rechtes schließt Belastung mit einem Nießbrauch aus 2, 231; dsgl. mit einem Pfandrecht 2, 350; unübertragbare Rechte bei Errungenschaftsgemeinschaft 2, 455; bei Fahrnisgemeinschaft 2, 459.

Unvererblichkeit der Mitgliedschaft eines Vereins 1, 61.

Unvermögen des Schuldners zur Leistung 1, 237 f., 260, 268 ff.

Unverzüglich, Begriff 1, 144.

Unvollständigkeit des Inventars 3, 29.

Unwahre Tatsachen, Ersatzpflicht wegen Behauptung und Verbreitung — 1, 604.

Unwesentliche Bestandteile vgl. Bestandteile.

Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte 1, 124; eines Vermächtnisses 3, 130.

Unzucht, widernatürliche, als Grund der Ehescheidung 2, 386; der Entziehung des Pflichtteils 3, 223.

Unzurechnungsfähigkeit bei unerlaubten Handlungen 1, 605 f

Urgroßeltern, gesetzliches Erbrecht 3, 11.

Urheberrechte, Übertragung 1, 399.

Urkunde, Austausch der — über einen Vertrag 1, 156 f.; — über Abtretung einer Forderung 1, 393; Pflicht zur Vorlegung von — 1, 593 f.; Eigentum an — über ein Recht auf eine Leistung 2, 269; Fälschung von — über letztwillige Verfügungen als Grund der Erbunwürdigkeit 3, 200.

Urkundspersonen bei der Testamentserrichtung 3, 163.

V.

Vater, Einwilligung zur Eheschließung 2, 362; Kenntnis von der Nichtigkeit der Ehe bei der Eingehung 2, 499; Unterhaltspflicht gegen uneheliche Kinder 2, 504 ff.; Benennung des Vormundes durch den — 2, 540; Gesetzliches Erbrecht 3, 5; Vgl. Eltern.

Vaterschaft, Vermutung für die — des Ehemannes 2, 463; Feststellung der unehelichen — 2, 507 f., 3, 294.

Veränderung der Sache bei der Miete 1, 492 ff.; beim Nießbrauche 2, 222; — der Hauptverbindlichkeit bei der Bürgschaft 1, 567.

Veräußerungsverbote 1, 128, 3, 278; Erwerb von eingetragenen Rechten usw. gegen ein — 2, 77; Vgl. Verfügungsbeschränkungen.

Verantwortlichkeit vgl. Haftung.

Verarbeitung, Ausschluß des Rücktrittsrechtes durch — 1, 340; dsgl. des Rechtes auf Wandelung bei Kauf 1, 452; Eigentumserwerb durch — 2, 132; — der vermachten Sache 3, 135.

Verbindung, Eigentumserwerb durch — 2, 130; Untergang der vermachten Sache durch — 3, 135.

Verbot, gegen ein gesetzliches — verstoßende Rechtsgeschäfte 1, 126, 565; Verträge 1, 294; Verstoß einer Leistung gegen ein gesetzliches — 1, 595.

Verbotene Eigenmacht vgl. Eigenmacht.

Verbrauchbare Sachen, Begriff 1, 98; — als Beitrag eines Gesellschafters 1, 550; Nießbrauch an — 2, 230; Verfügung des Ehemannes über — 2, 417; — beim Pflichtteil 3, 227.

Verbrechen als Grund der Ehescheidung 2, 386; der Verwirkung der elterlichen Gewalt 2, 493; der Entziehung des Pflichtteils 3, 222.

Verderb, Versteigerung einer dem — ausgesetzten Sache 1, 289, 353, 355; Drohender — des Pfandes 2, 347.

Vereine als juristische Personen 1, 48 ff.; Rechtsfähige und nichtrechtsfähige — 1, 49; Eingetragene 1, 55 ff.; Nicht rechtsfähige — 1, 79 ff.; Haftung für unerlaubte Handlungen des Vorstandes 1, 58 ff.; Internat. Privatrecht 3, 241 f.; Übergangsvorschriften 3, 273 ff.

Vereinigung vgl. Konfusion.

Vereinsregister 1, 68 ff.

Vereinsvermögen, Verbleib bei Beendigung des Vereins 1, 67.

Vererblichkeit des Vorkaufsrechtes 1, 468; des Besitzes 2, 22, 3, 47; des Ausschlagungsrechtes 3, 19; des Rechtes aus der Nacherbeinsetzung 3, 102; des Pflichtteilsanspruchs 3, 206, 213.

Verfallvertrag beim Pfandrecht 2, 346

Verfassung eines Vereins 1, 55 ff.; einer Stiftung 1, 91.

Verfehlung, schwere, als Grund des Widerrufs der Schenkung 1, 480; —

des Unterhaltsberechtigten 2, 479; — als Grund der Entziehung des Pflichtteils 3, 222; — des Rücktritts vom Erbvertrage 3, 192.

Verfügung eines Nichtberechtigten vgl. Nichtberechtigter. Vorläufige Eintragung im Grundbuche auf Grund einstweiliger — 2, 74f.

Verfügung von Todes wegen, Errichtung einer Stiftung durch — 1, 91, 3, 3; — bei Versprechen der Leistung an einen Dritten 1, 319; Anerkennnng eines Kindes durch — 2, 473; Erbunwürdigkeit wegen Hinderung der Errichtung einer 3, 200; Errichtung durch Ausländer 3, 249; Übergangsvorschriften 3, 268, 296. Vgl. Letztwillige Verfügung, Testament, Erbvertrag.

Verfügungsbeschränkungen, Eintragung im Grundbuche 2, 87; — der Ehefrau 2, 423; Übergangsvorschrift 3, 278. Vgl. Veräußerungsverbot.

Verfügungsrecht des Mannes über eingebrachtes Gut 2, 416ff.; dsgl. der Frau 2, 423; bez des ehelichen Gesamtgutes 2, 440; des Vorerben 3, 110; Erben 3, 39, 150; Miterben 3, 55; Erblassers beim Erbvertrage 3, 188; Testamentsvollstreckers 3, 149.

Vergangenheit, Unterhaltsanspruch für die — 2, 480, 506.

Vergeltungsrecht 1, 39, 3, 261.

Vergehen vgl. Verbrechen.

Vergleich 1, 574f.; Schuldversprechen usw. auf Grund eines — 1, 577.

Vergütung beim Dienstvertrage 1, 514; Werkvertrage 1, 518; Mäklervertrage 1, 529; Verwahrungsvertrage 1, 539; — für den Vormund 2, 538, 555; Nachlaßverwalter 3, 42; Testamentsvollstrecker 3, 153.

Verheiratung des Kindes 2, 491. Vgl. Wiederverheiratung.

Verhinderung des Eintritts der Bedingung 1, 175; des Vaters an der Ausübung der elterlichen Gewalt 2, 492f., 495; des Erblassers an der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen 3, 199f.

Verjährung 1, 203—213; Aufrechnung nach der — 1, 205, 367; — gegenüber einem Gesamtschuldner 1, 420; der Mängelansprüche beim Kaufe 1, 449, 455f.; Viehkaufe 1, 461; Werkvertrage 1, 522; der Ersatzansprüche des Mieters und Vermieters 1, 488; aus dem Leihvertrag 1, 506; Nießbrauchers 2, 229; Verpfänders und Pfandgläubigers 2, 348; der Ansprüche beim Rücktritt vom Verlöbnis 2, 361; der gegenseitigen Ansprüche der Ehegatten 1, 208; des Anspruchs des Anweisungsempfängers 1, 586; aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber 1, 590f.; aus unerlaubten Handlungen 1, 612; Ausschluß der — des Anspruchs auf Aufhebung der Gemeinschaft 1, 560; auf Berichtigung des Grundbuchs 2, 91; der Ansprüche aus eingetragenen Rechten 2, 92; des Anspruchs auf Erbteilung 3, 60; des Anspruchs auf Aussteuer 2, 482; der Ansprüche der unehelichen Mutter 2, 518; des Anspruchs des Vertragserben gegen den Beschenkten 3, 188; des Pflichtteilsanspruchs 3, 206; Übergangsvorschriften 3, 269, 279ff.

Verkehr, im — erforderliche Sorgfalt 1, 194f.; — der Eltern mit den Kindern nach der Scheidung 2, 485.

Verkehrsanstalt, Fund in den Beförderungsmitteln einer öffentlichen — 2, 156f.

Verkehrshypothek, Begriff 2, 258. Vgl. Hypothek.

Verkehrssitte bei Auslegung von Verträgen 1, 171; bei Leistung der Schuldverhältnisse 1, 236.

Verkündung eines Testaments 3, 170; eines gemeinschaftl. Testaments 3, 181.

Verlängerung der Verjährungsfrist für Mängelansprüche beim Kaufe 1, 456; der Gewährfrist beim Viehkaufe 1, 460; stillschweigende — der Miete 1, 492; des Dienstvertrages 1, 516.

Verlagsrecht 1, 18.

Verleihung der Rechtsfähigkeit an Vereine 1, 51ff., 3, 275f.

Verlobte, Erbverzicht 3, 195; Erbvertrag 3, 183ff.

Verlöbnis 2, 358—361.

Verlorene Schuldverschreibungen auf den Inhaber, Pflicht des Ausstellers 1, 589; Eigentumserwerb daran 1, 588, 2, 124, 330; Schutz des früheren Besitzers 2, 184, 190.

Verlust der Rechtsfähigkeit eingetragener Vereine 1, 65f.; Anteil am — bei der Gesellschaft 1, 553; — des Besitzes 2, 21ff.

Vermächtnis 3, 4, 122ff.; Anfall und Erwerb 3, 127f.; besondere Arten 3, 129ff.; — an einen Pflichtteilsberechtigten 3, 206; Vertrag über das — aus dem Nachlaß eines noch lebenden Dritten

1, 294; Annahme und Ausschlagung durch die Ehefrau 2, 426, 442; Verfügung über ein — des Mündels 2, 553; — als Nachlaßverbindlichkeit 3, 24; beim Aufgebot der Nachlaßgläubiger 3, 33, 44 f.; bei beschränkter Haftung 3, 44 f., 129.

Vermächtnisanspruch 3, 127.

Vermengung vgl. Vermischung.

Verminderung des Gesamtguts durch den Ehemann 2, 447; durch den überlebenden Ehegatten 2, 452; der Erbschaft durch den Vorerben 3, 117.

Vermischung, Eigentumserwerb durch — 2, 131; Untergang der vermachten Sache durch — 3, 135.

Vermittelung eines Vertrags 1, 529 f.

Vermögen eines Vereins, 1, 67; einer Stiftung 1, 92; Vertrag über ein künftiges — 1, 295; bsgl. über ein gegenwärtiges — 1, 295; Übernahme eines — 1, 400, 410, 412 f.; Nießbrauch an einem — 2, 236; Sorge für das — des Kindes 2, 484; Pflegschaft über das — Abwesender 2, 560; Verfügung über das — des Mündels 2, 553.

Vermögensinteresse bei Schuldverhältnissen 1, 233 ff.

Vermögensschaden, Ersatz für Schaden, welcher nicht — ist 1, 43, 235, 599, 604, 611.

Vermögensübernahme mit Abfindung an Dritte 1, 317.

Vermögensverhältnisse, Täuschung über die — bei der Eheschließung 2, 378.

Vermögensverwaltung des Vaters 2, 486 ff.; des Beistands der Mutter 2, 498; Pflegschaft zur — 2, 559.

Vermögensverzeichnis bei Errungenschaftsgemeinschaft 2, 455; bei elterlicher Vermögensverwaltung 2, 486, 498; über das Vermögen des Mündels 2, 546.

Vermutung 1, 228; — des Lebens 1, 45; des Todes 1, 46; — bei Unterhaltsgewährung zwischen Eltern usw. und Abkömmlingen 1, 537; — für die Richtigkeit des Grundbuchs 2, 79 f.; für Fortdauer des Eigenbesitzes bei Ersitzung 2, 128; zugunsten des Besitzers von beweglichen Sachen 2, 183 f.; für Erlöschen des Pfandrechts 2, 331; für Eigentum des Ehemannes an beweglichen Sachen 2, 404; des Gesamtguts bei Errungenschaftsgemeinschaft 2, 454, 456; bez. der Ehelichkeit des Kindes 2, 463 f., 466 f., 521; für das Erbrecht des Fiskus 3, 23; für die Aufhebung des Testaments 3, 169; für die Richtigkeit des Erbscheins 3, 84; bsgl. des Inventars 3, 29; für die Korrespektivität letztwilliger Verfügungen 3, 179.

Vernachlässigung des Kindes durch den Vater 2, 492.

Vernichtung der Testamentsurkunde 3, 169.

Veröffentlichung vgl. Bekanntmachung.

Verpflichtung des Vormundes 2, 542.

Verschaffungsvermächtnis 3, 132.

Verschlechterung, Schutz des Hypothekengläubigers gegen — des Grundstücks 2, 282 f.

Verschließung des Testaments 3, 165; des Erbvertrags 3, 185.

Verschollenheit als Voraussetzung der Todeserklärung 1, 44 ff.; — des eingetragenen Eigentümers 2, 101; Pflegschaft wegen — 2, 560.

Verschulden, konkurrierendes, des Beschädigten 1, 253 f.

Verschwägerte, Mitwirkung bei der Testamentserrichtung 3, 163.

Verschwendung, Entmündigung wegen — 1, 40; Beschränkte Geschäftsfähigkeit des Entmündigten 1, 118; Aufhebung der Gütergemeinschaft wegen — des Mannes 2, 447; des überlebenden Ehegatten 2, 452; Unfähigkeit des wegen — Entmündigten zum Vormunde 2, 540.

Versendungskauf 1, 443.

Versetzung, Kündigung der Miete wegen — 1, 492; nicht der Pacht 1, 504.

Versicherung zu Gunsten Dritter 1, 317; — der mit einem Nießbrauche belasteten Sache 2, 225; Haftung der Versicherungsgelder kraft Hypothek 2, 182.

Versicherungsrecht 1, 18.

Verspätete Annahme des Vertragsantrages 1, 169; — Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Nachlaß 3, 30, 35 f., 44.

Versprechen der Leistung an einen Dritten 1, 313 ff.

Versteigerung, öffentliche, nicht hinterlegbarer Sachen 1, 358; eines gemeinschaftlichen Gegenstandes 1, 561; gefundener Sachen 2, 154; verpfändeter Sachen 2, 341 f., 348, 355; Eigentumserwerb in — 2, 124 f.

Verträge, Auslegung 1, 166, 171; Ab-

schluß 1, 166ff.; schriftliche Form der — 1, 156f.; Beurkundung 1, 159; Bestätigung nichtiger — 1, 125; gegenseitige — 1, 298ff.; — beschränkt Geschäftsfähiger 1, 118ff.; — zu Gunsten und zu Lasten Dritter 1, 313ff.; — von Vertretern ohne Vertretungsmacht 1, 189; Schuldverhältnisse aus — 1, 291ff.; verbotene — 1, 294f.; Bestärkungsmittel 1, 322ff.; Einrede des nicht erfüllten — 1, 301; Rücktritt vom 1, 337ff.; Unmöglichkeit der Leistung 1, 267ff.

Vertragsantrag 1, 167; Ablehnung durch die Frau 2, 426, 442.

Vertragsstrafe 1, 324—337; Haftung des Pfandes für — 2, 333.

Vertretbare Sachen, Begriff 1, 97; — als Beitrag eines Gesellschafters 1, 549f.; als Gegenstand des Verwahrungsvertrages 1, 540; des Darlehens 1, 506; der Anweisung 1, 579.

Vertreter, gesetzlicher, Bestimmung des Wohnsitzes 1, 41; Vorstand als — eines Vereins 1, 57; Ergänzung der Willenserklärungen beschränkt Geschäftsfähiger 1, 118; Haftung des Schuldners für Verschulden des — 1, 271ff.; — des Gläubigers einer durch Hypothek gesicherten Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber 2, 317; Einwilligung zur Eheschließung 2, 362; Anfechtung der Eheschließung 2, 374; Zustimmung zum Erbverzicht 3, 195; Erbvertrag 3, 184, 190; Mitwirkung bei der Testamentserrichtung 3, 161.

Vertretung 1, 177—183; insbesondere kraft Vollmacht 1, 183—188; ohne Vertretungsvollmacht 1, 189ff.; Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst 1; 182, 2, 116; — der Gesellschaft 1, 551, gegenseitige — der Ehegatten 2, 400f.; — des Kindes 2, 484f.; bei der Ehelichkeitserklärung 2, 523; bei der Annahme an Kindesstatt 2, 528; des Mündels durch den Vormund 2, 543; beim Erbvertrage 3, 184, 187; Ausschluß der — 3, 87, 184, 187, 190, 192, 195ff.

Verwahrer, gemeinschaftlicher — der Pfandsache 2, 347.

Verwahrung 1, 539—544; Depositum irregulare 1, 540; — des Testaments 3, 165, 167; des Erbvertrags 3, 186.

Verwaltung der mit Nießbrauch belasteten Sache 2, 226; — und Nutznießung des Ehemannes 2, 409ff.; — des Gesamtgutes 2, 439; bei fortgesetzter Gütergemeinschaft 2, 452; — des eingebrachten Gutes bei Errungenschaftsgemeinschaft 2, 455; — des Nachlasses durch den Vorerben 3, 115; Nachlaßverwalter 3, 41; Miterben 3, 56; Testamentsvollstrecker 3, 147, 149ff., 153.

Verwaltungsbehörde, Mitwirkung bei der Eintragung von Vereinen 1, 72.

Verwaltungsstreitverfahren über den Einspruch gegen die Eintragung eines Vereins 1, 74; über die Entziehung der Rechtsfähigkeit eines solchen 1, 65.

Verwandte, Bestellung zum Vormund 2, 540; Beteiligung am Familienrate 2, 537; Gesetzliches Erbrecht 3, 5ff.; Mitwirkung bei der Testamentserrichtung 3, 163; Bedenkung der — in einer letztwilligen Verfügung 3, 87. Vgl. Unterhaltspflicht.

Verwandtschaft 2, 462ff.; als Ehehindernis 2, 363, 373; — infolge Ehelichkeitserklärung 2, 524; Adoption 2, 531.

Verwendungen, Ersatz von — nach der Rechtshängigkeit 1, 283; Zurückbehaltungsrecht wegen — 1, 264; — bei Verzug des Gläubigers 1, 290; beim Rücktritt vom Vertrage 1, 312; bei Kauf 1, 443f; Miete 1, 486; Leihe 1, 506; — zwischen Besitzer und Eigentümer 2, 175ff.; — beim Nießbrauch 2, 229; Pfandrecht 2, 333, 347; — von Mündelgeld in den Nutzen des Vormunds 2, 546; — des Erbschaftsbesitzers 3, 52; — des Erben vor dem Verkaufe der Erbschaft 3, 231; — beim Vermächtnis 3, 132. Vgl. Aufwendungen

Verwirkung der elterlichen Gewalt 2, 493.

Verzeichnis des eingebrachten Gutes 2, 415, 455; des Kindesvermögens 2, 486, 498, 530; des Mündelvermögens 2, 546; des Nachlasses 3, 110, 153.

Verzeihung als Ausschlußgrund für den Widerruf der Schenkung 1, 480; für das Recht auf Ehescheidung 2, 391; auf Geltendmachung der Erbunwürdigkeit 3, 201; auf Entziehung des Pflichtteils 3, 224.

Verzicht auf ein noch nicht erworbenes Recht ist keine Schenkung 1, 469; — auf den Widerruf der Schenkung 1, 480; des Hauptschuldners auf Einreden bei der Vorausklage 1, 568; auf das Eigentum 2, 61, 101; — des Gläubigers auf die Hypothek 2, 300, 305; der Ehefrau auf den Pflichtteil 2, 426, 442; eines Beteiligten bei fortgesetzter Gütergemeinschaft

2, 451; des Vaters auf Nutznießung am Kindesvermögen 2, 491; auf den Unterhaltsanspruch 2, 480; insbes. des unehelichen Kindes 2, 506; auf die Erbschaft 3, 195 ff.

Verzinsung vgl. Zinsen.

Verzug des Schuldners 1, 280—283; des Gläubigers 1, 283—291; — des Wahlberechtigten bei Wahlschuldverhältnissen 1, 259; Hinterlegung bei — des Gläubigers 1, 289; — bei Gesamtschuldverhältnissen 1, 420; des Gläubigers beim Rücktritt vom Vertrage 1, 340; — bei gegenseitigen Verträgen 1, 309 ff.; — des Vermieters 1, 483; Dienstberechtigten 1, 514; Unternehmers 1, 519; Bestellers 1, 524; Schenkers 1, 475; Besitzers 2, 166, 172, 177; Erbschaftsbesitzers 3, 24.

Verzugszinsen 1, 281 f.; Ausschluß bei der Schenkung 1, 475; — bei der Hypothek 2, 286.

Vieh vgl. Tiere.

Viehkauf 1, 459—462.

Vindikation des Eigentums 2, 159 ff.

Vis major vgl. Höhere Gewalt.

Vollendung der Geburt 1, 37; der Rechtsgeschäfte 1, 165 ff.

Volljährige, Vormundschaft über 2, 558 ff.

Volljährigkeit 1, 39; Erfordernis zur Eheschließung für Männer 2, 361, 371; Internat. Privatrecht 3, 240; Übergangsvorschrift 3, 270.

Volljährigkeitserklärung 1, 39, 3, 271.

Vollmacht, Stellvertretung auf Grund von — 1, 183—188; eines geschäftsführenden Gesellschafters 1, 550 f.

Voraus des überlebenden Ehegatten 3, 4, 15, 211.

Vorausklage, Einrede der — 1, 569.

Vorausleistung der Leibrente 1, 562, 479; des Unterhalts 2, 480, 506.

Vorausvermächtnis 3, 123.

Vorbehalt, geheimer, bei Willenserklärungen 1, 133; — der Rechtsverwirkung 1, 329 f., 338; des Eigentums bei Verkauf einer beweglichen Sache 1, 445; des Ranges für ein künftig einzutragendes Recht 2, 67, 69 f.; der Entlassung des Vormundes 2, 542; des Rücktritts vom Erbvertrage 3, 192.

Vorbehaltsgut bei gesetzlichem Güterrecht 2, 410; allgemeiner Gütergemeinschaft 2, 438; Errungenschaftsgemeinschaft 2, 454; Fahrnisgemeinschaft 2, 459.

Vorbildung vgl. Beruf.

Voreltern gesetzliches Erbrecht 3, 5 f., 11.

Vorerbe 3, 109 ff. Vgl. Nacherbe.

Vorkauf, obligatorischer 1, 466 ff.; dinglicher an Grundstücken 2, 241 ff.; unter Miterben 3, 58.

Vorlegung von Sachen und Urkunden 1, 593 f.; Frist zur Vorlegung von Schuldverschreibungen 1, 591.

Vormerkung, Eintragung im Grundbuche 2, 73 ff.; Pflicht des Veräußerers zur Beseitigung 1, 440; Anwendung der Vorschriften auf das Vorkaufsrecht 2, 242.

Vormund 2, 538 ff.; Verjährung der Ansprüche zwischen — und Mündel 1, 208.

Vormundschaft 2, 532 ff.; Begriff 2, 534; über Minderjährige 2, 539—558; Befreite — 2, 556 f.; — über Volljährige 2, 558 f.; Internat. Privatrecht 3, 241; Übergangsvorschriften 3, 294.

Vormundschaftsgericht 2, 535 f.; Zuständigkeit für die Volljährigkeitserklärung 1, 39; Mitwirkung bei Rechtsgeschäften beschränkt Geschäftsfähiger 1, 120; Einwilligung zur Eheschließung 2, 362; Genehmigung zur Anfechtung der Ehe 2, 380; Entscheidung über Schlüsselgewalt und Dienstverhältnis der Ehefrau 2, 403; Ersatz der Zustimmung zu Rechtsgeschäften der Ehegatten 2, 400, 402, 423; zu Verfügungen über das Gesamtgut 2, 442; Tätigkeit bei elterlicher Gewalt 2, 482, 484 ff., 491 ff., 496 f.; Bestellung eines Beistandes für die Mutter 2, 496; Genehmigung des Verzichts unehelicher Kinder auf Unterhalt 2, 506; Einwilligung zur Ehelichkeitserklärung 2, 524; zur Adoption 2, 528; — Anordnung der Vormundschaft 2, 539; Auswahl des Vormundes 2, 540; Bestellung desselben 2, 542; Aufsicht über denselben 2, 555; Genehmigung zu Rechtsgeschäften des Vormundes 2, 547, 551, 553, 559; Entlassung des Vormundes 2, 558; Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten unter Mitvormündern 2, 545; Tätigkeit bei befreiter Vormundschaft 2, 556 f.; Tätigkeit bei Pflegschaft 2, 561; Erbverzicht 3, 195 f.; Erbvertrag 3, 184, 187.

Vormundschaftsrichter, Haftung für

Pflichtverletzung 2, 493; — als Vorsitzender des Familienrats 2, 557.

Vorname I, 43.

Vorsatz I, 194; Haftung für — im allgemeinen I, 271; bei Verzug des Gläubigers I, 288; Schenkung I, 475; Geschäftsführung ohne Auftrag I, 537.

Vorstand eines Vereins I, 57 ff.; einer Stiftung I, 91.

Vorteil beschränkt Geschäftsfähiger bei Abgabe von Willenserklärungen I, 118.

Vorzugsrechte, Übergang bei Abtretung der Forderung I, 393; Erlöschen bei Schuldübernahme I, 405; Aufgabe eines — durch den Gläubiger bei der Bürgschaft I, 572.

W.

Währung bei der Geldschuld I, 242.

Wahlschulden I, 257—261.

Waisenrat vgl. Gemeindewaisenrat.

Wandelung beim Kaufe I, 451 ff.; beim Werkvertrage I, 520.

Warenlager als Inbegriff verbrauchbarer Sachen I, 99.

Wartezeit der Frau vor der Wiederverheirathung 2, 365, 371.

Wechsel I, 580; Hypothek für die Forderung aus einem — 2, 316; Pfandrecht an einem — 2, 354.

Wegfall eines Erben 3, 12, 66 f., 70; Miterben 3, 65 f., 94 f., 212, 230; Erbunwürdigen 3, 202; Beschwerten 3, 123, 139 f.; Vermächtnisses 3, 230.

Wegnahme einer Sache zum Zwecke der Selbsthilfe I, 223; durch den Besitzer 2, 47 ff.; den Eigentümer 2, 183; einer beweglichen Sache von einem Grundstücke 2, 47 ff., 183.

Werk, Eigentum daran bei der Preisbewerbung I, 533; Einsturz eines mit einem Grundstück verbundenen — I, 609 f.

Werkvertrag I, 517—529; bei einer Geschäftsbesorgung I, 512 f.

Wertpapiere, Hinterlegung zur Sicherheitsleistung I, 225; zur Befreiung von einer Verbindlichkeit I, 289; Gewährleistung des Verkäufers I, 439; Haftung des Wirtes für eingebrachte — I, 545; Aufbewahrung fremder — durch Kaufleute I 543 f.; — als Gegenstand des Pfandrechts 2, 354 f.; Sicherung der — des Kindes 2, 492; des Mündels 2, 547 ff., 552; Vgl. Inhaberpapiere.

Wesentliche Bestandteile vgl. Bestandteile.

Wette I, 232, 563—566.

Widerruf der Bestellung von Mitgliedern des Vereinsvorstandes I, 57; — der Stiftung I, 91; von Willenserklärungen I, 165; der Vollmacht I, 187; des Vertrags eines Vertreters ohne Vertretungsmacht I, 189; der Einwilligung I, 192; des Vertrags mit einem beschränkt Geschäftsfähigen I, 118; der Schenkung I, 480; — des Auftrags I, 535; der Schenkung I, 480; des Darlehnsversprechens I, 507; der Anweisung I, 584 f.; Auslobung I, 532; einer Schenkung nach der Ehescheidung 2, 396; der Einwilligung des Mannes zum Geschäftsbetriebe der Frau 2, 426; des Testaments 3, 168 ff.; von korrespektiven Verfügungen 3, 174, 179 f.

Widerspruch eines Gesellschafters gegen die Vornahme von Rechtsgeschäften I, 550; gegen die Richtigkeit des Grundbuchs 2, 74, 91; gegen eine Hypothek 2, 288; der Frau gegen die Zwangsvollstreckung 2, 427.

Widerherstellung zwecks Schadensersatzes I, 246, 249; Ausschluß des Anspruchs auf — bei Verbindung ꝛc. 2, 135; — der Verwaltung und Nutznießung 2, 432; der Errungenschaftsgemeinschaft 2, 457.

Wiederkauf I, 464 ff.

Wiederkehrende Leistungen, Verjährung I, 206 f.; Haftung für — bei Nießbrauch an einem Vermögen 2, 238; Haftung des Anspruchs auf — kraft Hypothek 2, 281.

Wiederverheiratung, Wartezeit für Frauen 2, 365; Auseinandersetzung vor der — 2, 365; — im Falle der Todeserklärung 2, 383 f., 3, 271; nach der Ehescheidung 2, 395; bei fortgef. Gütergemeinschaft 2, 452; — der Mutter 2, 498.

Wilde Tiere, Aneignung 3, 149 f.

Wildschaden, Haftung für — I, 609.

Willenserklärung, Begriff I, 116; Arten I, 122 ff.; Vollendung I, 165 f.; Auslegung I, 166; Konversion I, 125; Verstoß gegen gesetzliches Verbot I, 126, 565; — beschränkt Geschäftsfähiger I, 118 f.

Willensmängel I, 130 ff.

Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte I, 124 ff.

Wirt vgl. Gastwirt.

Wirtschaftliche Vereine, Erwerb der Rechtsfähigkeit 1, 51 ff.; Entziehung derselben 1, 65; — Geschäftsbetrieb von Vereinen 1, 53 ff.

Witwe, Wartezeit vor der Wiederverheiratung 2, 365; dsgl. Auseinandersetzung 2, 365.

Witwenkassen 1, 317 f.

Wohnort als Wohnsitz 1, 41; — der Ehegatten 2, 396.

Wohnräume, Miete 1, 481; Besitz 2, 334.

Wohnsitz 1, 41 f.

Wohnungsrecht 2, 240 f.

Wucher, Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes wegen — 1, 126; Zinsbeschränkungen 1, 243; s. a. 1, 437.

Z.

Zahlung einer Geldschuld 1, 242; Anweisung ist keine — 1, 586.

Zahlungsort vgl. Leistungsort.

Zahlungssperre für Schuldverschreibungen auf den Inhaber 1, 590.

Zahlungsstatt, Annahme an — 1, 341 ff.

Zahlungszeit vgl. Leistungszeit.

Zeitablauf als Grund für die Endigung von Vereinen 1, 64; der Endigung der Miete 1, 490; des Dienstvertrags 1, 516; der Gesellschaft 1, 555.

Zeitberechnung 1, 201 ff.

Zeitbestimmung bei Rechtsgeschäften 1, 176; Unzulässig bei denselben Rechtsgeschäften wie Bedingung. Vgl. Bedingung, Anfangs- und Endtermin.

Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses als Scheidungsgrund 2, 386, 389 ff.

Zession vgl. Übertragung.

Zeugen, Zuziehung bei der Eheschließung 2, 368; bei der Testamentserrichtung 3, 163, 167 f.

Zeugnis über ein Dienstverhältnis 1, 517; für den Testamentsvollstrecker 3, 85, 147; über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft 2, 452.

Zinsen 1, 242 ff.; — bei Verzug des Schuldners 1, 281 f.; dsgl. des Gläubigers 1, 289; Anrechnung einer Leistung auf — 1, 347; dsgl. Aufrechnung 1, 380; bei Kauf 1, 444; Verwahrung 1, 540; Darlehen 1, 508; Nießbrauch 2, 238; Haftung des Grundstücks kraft Hypothek für — 2, 278; dsgl. des Pfandes 2, 333; — des Vormundes für im eigenen Interesse verwendetes Mündelgeld 2, 546; Gesetz betr. die vertragsmäßigen — 1, 244, 330.

Zinseszinsen 1, 244.

Zinsfuß 1, 242 f.

Zinsscheine vgl. Rentenscheine.

Zubehör 1, 107 ff.; Erstreckung der Verpflichtung zur Veräußerung auf — 1, 297; Erwerb des Eigentums an — von Grundstücken 2, 100.

Zuchthausstrafe, Verwirkung der elterlichen Gewalt 2, 493.

Züchtigungsrecht der Dienstherrschaft 1, 24.

Zufall 1, 198 ff.

Zuführung von Gasen 2c. 2, 96.

Zug um Zug, Verurteilung zur Erfüllung — bei Einrede des Zurückbehaltungsrechtes 1, 266; Erfüllung — bei gegenseitigen Verträgen 1, 298 ff.; Rücktritt 1, 339.

Zukunft, Verzicht des ehelichen Kindes auf Unterhalt für die — 2, 480.

Zurückbehaltungsrecht bei Schuldverhältnissen 1, 264 ff., 299; — an einer Vollmachtsurkunde 1, 187; Ausschluß des — bei der Miete eines Grundstücks 1, 488; — des Hauptschuldners bei der Bürgschaft 1, 569; des Besitzers 2, 179.

Zurückbeziehung der Bedingung 1, 173.

Zurückforderung vgl. Bereicherung.

Zusammengesetzte Sachen 1, 94.

Zusammentreffen von Rechten bei Grunddienstbarkeiten 2, 216.

Zuschlag bei der Versteigerung 1, 171.

Zuschreibung eines Grundstücks, Wirkung bez. der Belastungen 2, 279.

Zuständigkeit des Standesbeamten zur Eheschließung 2, 368.

Zustellung von Willenserklärungen 1, 166, 370.

Zustimmung Dritter zu Rechtsgeschäften 1, 192 ff.; zur Aufhebung von Rechten an Grundstücken 2, 62; — des Eigentümers zur Rangänderung 2, 67; des Mannes zu Rechtsgeschäften der Frau 2, 423, 442; der Frau zu solchen des Mannes 2, 419 f., 440, 447.

Zuwendung, unentgeltliche, mit Auflage an einen Dritten 1, 317 ff.; — Dritter an ein Hauskind 2, 489; an ein Mündel 2, 546; Ausgleichungspflichtige — 3, 213 ff.

Zwangsenteignung 2, 102.

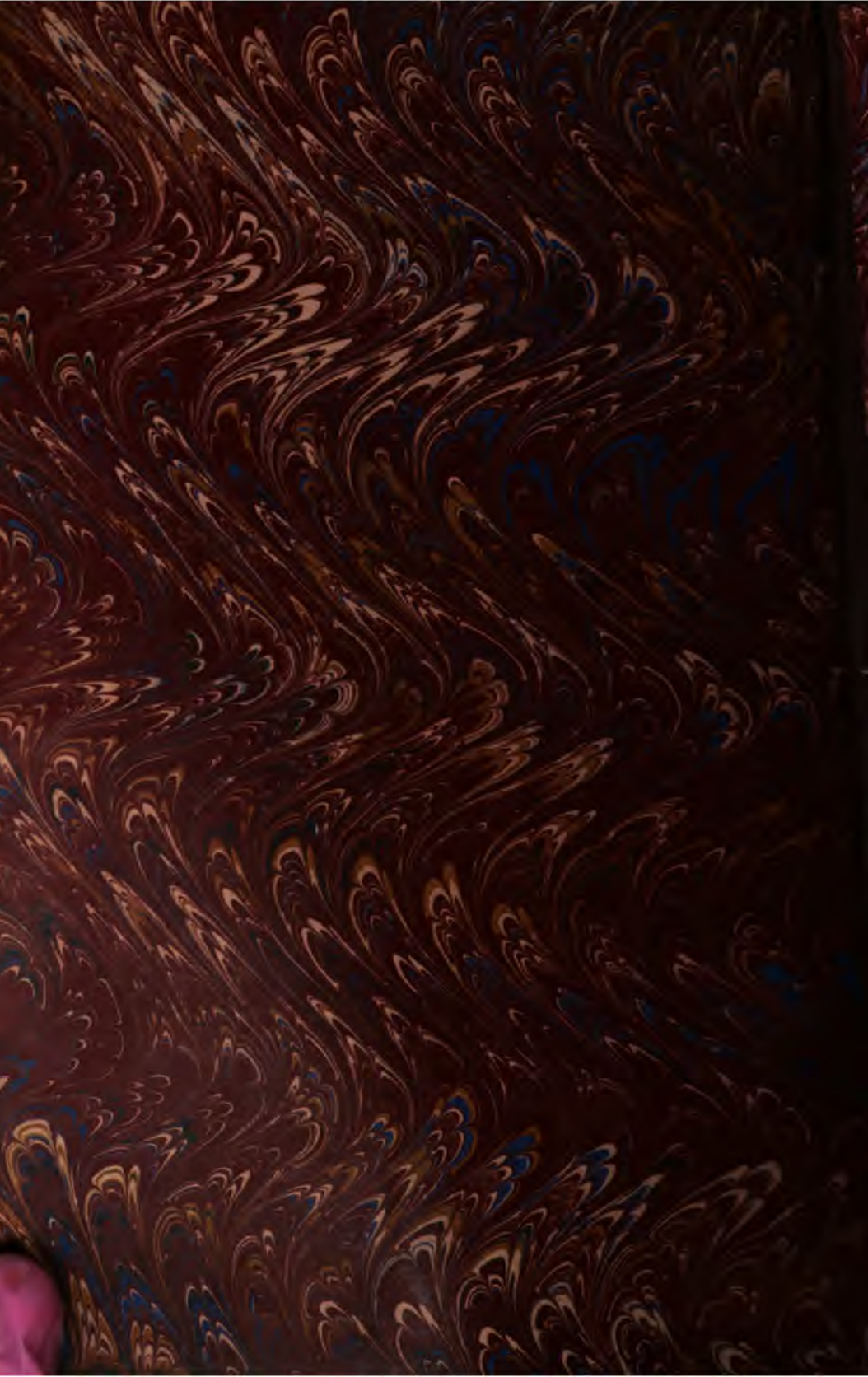
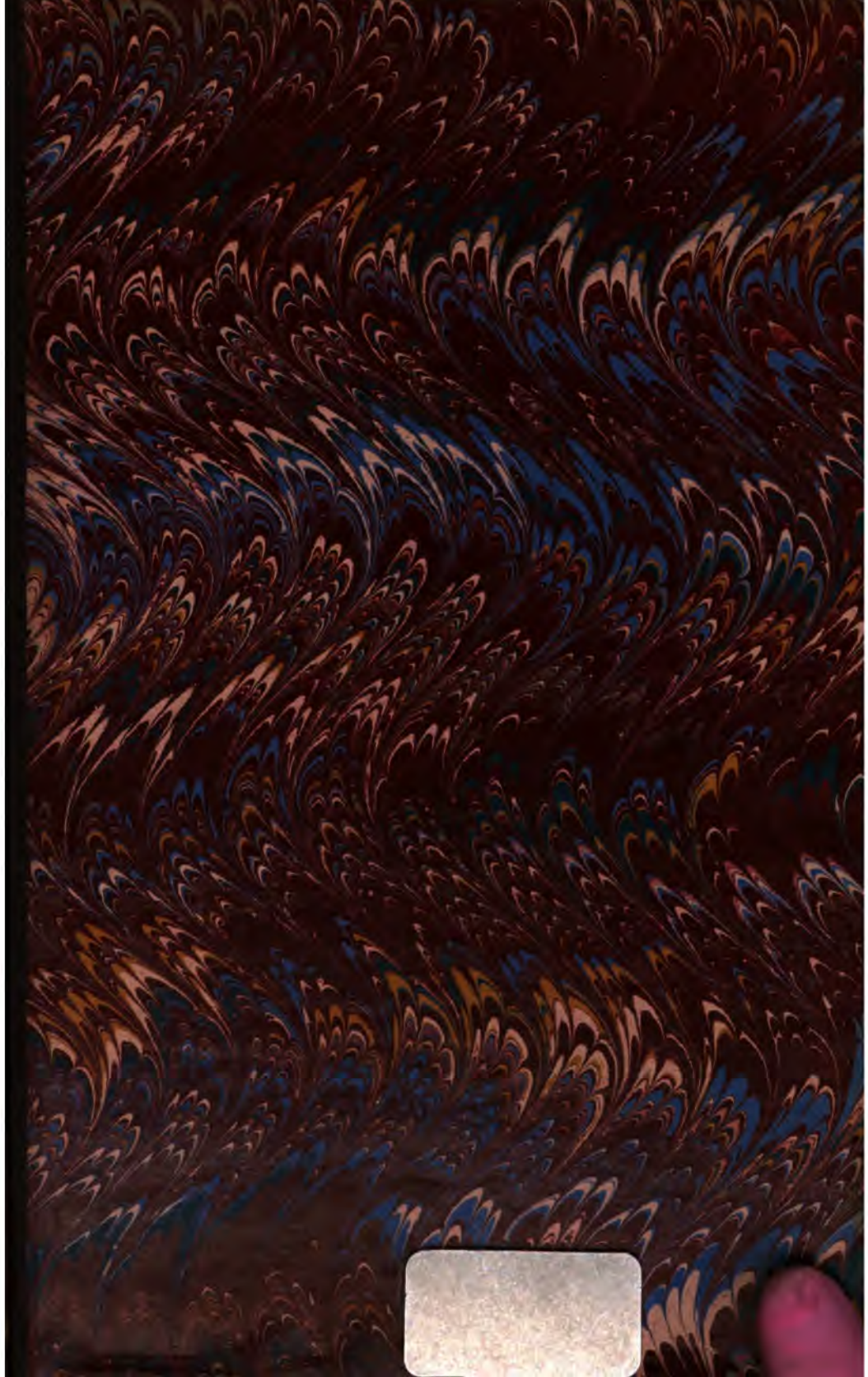
Zwangserziehung Minderjähriger 2, 538.

Zwangsversteigerung, Gesetz betr. die — 1, 25; — zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft 1, 561.

Zwangsverwaltung, Gesetz betr. die — 1, 25.

Zwangsvollstreckung, Recht Dritter zur Befriedigung des Gläubigers 1, 261; Einfluß bei Vormerkung 2, 75; — wegen Verwendungen des Besitzers eines Grundstücks 2, 180; Befriedigung des Gläubigers im Wege der — bei Hypotheken 2, 283; bei Pfandrechten an Schiffen 2, 349; an Rechten 2, 350; — in das eingebrachte Gut 2, 430; Widerspruch der Frau gegen die — 2, 427; — in das Gesamtgut 2, 443; wegen Nachlaßverbindlichkeiten 3, 21, 38, 44, 46, 122; gegen den Vorerben 3, 114 f.; in den Nachlaß 3, 39, 156 ff.; Beschränkung der — bei Einsetzung eines Nacherben in guter Absicht 3, 225.

Zweck, Verstoß ausländischer Gesetze gegen den — eines deutschen Gesetzes 3, 260.

Zwischenzinsen bei vorzeitiger Erfüllung von Verbindlichkeiten 1, 264.

Druck von Otto Walter, Berlin S. 14.